



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720021/2023-64
ACÓRDÃO	1102-001.572 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de dezembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021

ÁGIO. GOODWILL. PARTES INDEPENDENTES. OPERAÇÕES ANTERIORES A 31.12.2014. ACUSAÇÕES EMBASADAS EM AÇÃO CRIMINAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO DESACOMPANHADA DE OUTROS ELEMENTOS ROBUSTOS. INADMISSIBILIDADE.

O artigo 22 da Lei nº 12.973/14 estabelece que o “goodwill” gerado em operações entre partes dependentes não confere direito à dedutibilidade fiscal do ágio. Contudo, essa restrição aplica-se apenas às operações realizadas após 31 de dezembro de 2014, e para reorganizações societárias (incorporações, fusões ou cisões) efetivadas até 31 de dezembro de 2017, conforme disposto no artigo 65 da mesma lei. Ademais, acusação embasada em ação criminal ainda não transitada em julgado desacompanhada de outros elementos robustos não podem ser utilizados para afastar a dedutibilidade do ágio, sob pena de violação aos princípios da previsibilidade e da segurança jurídica. Por fim, eventual alegação de vício de motivo não compromete a validade da operação, tampouco a existência e dedutibilidade do ágio, sendo incontroverso o seu pagamento e registro regular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de ofício - vencidos os Conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa e Fernando Beltcher da Silva, que davam provimento ao recurso, acompanhando a Relatora pelas conclusões o Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida -, e (ii), por unanimidade de votos, em dar parcial

provimento ao recurso voluntário, para determinar que em novo julgamento o colegiado de primeira instância decida sobre a impugnação apresentada pelo contribuinte quanto aos ágios “1” e “5”, sem se valer de critério jurídico não invocado pela autoridade fiscal, qual seja, a ausência de contemporaneidade de laudo, nos termos do voto da Relatora. Manifestou intenção de declarar voto o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

Assinado Digitalmente

Cristiane Pires McNaughton – Relatora

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Fenelon Moscoso de Almeida, Cristiane Pires Mcnaughton, Gustavo Schneider Fossati, Fernando Beltcher da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração e Imposição de Multa (“AIIM”) lavrado em face da contribuinte, ora Recorrente, para a cobrança de IRPJ e CSLL, referentes aos anos calendários de 2018 a 2021, em virtude de glosa de despesas de amortização de ágio que foram consideradas indevidamente deduzidas das bases de cálculo dos referidos tributos, pelos motivos expostos no respectivo Termo de Verificação Fiscal (“TVF”).

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fls. 336/443), as acusações se reportam a 5 ágios, a saber:

Ágio 1

O ágio nº 1 originou-se da aquisição de participação societária utilizando a empresa Hostens Holdings S.A., que, segundo a fiscalização, teria atuado como canal de passagem para os recursos empregados na operação (“empresa-veículo”). O valor do ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, mas houve contestação de que a transação teria envolvido uso de empresa interposta para criar condições artificiais, o que caracterizaria uma tentativa de benefício fiscal não justificado. A fiscalização indicou ausência de substância econômica, configurando planejamento tributário inadequado.

Ágio 2

Assim como o ágio n. 1, o ágio n. 2 também envolveu a empresa Hostens Holdings S.A. e teve fundamentação baseada em expectativa de rentabilidade futura. Contudo, as autoridades fiscais alegam que este ágio não poderia ser fiscalmente amortizado, pois não houve cumprimento dos requisitos de registro contábil adequado do fundamento econômico. A operação foi considerada artificial também por utilizar uma “empresa veículo” sem substância econômica para criação de condições tributárias vantajosas, e foi glosado.

Ágio 3

O ágio nº 3 surgiu quando o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (“FI-FGTS”) realizou um investimento na Odebrecht Transport Participações S.A. (“OTPP”), integralizando capital por meio de conferência de ações da Embraport e aporte financeiro. Este ágio foi transferido posteriormente à Embraport na cisão parcial da OTPP. A fiscalização argumenta que houve abuso de direito, uma vez que a operação incluiu a cooptação de dirigentes do FI-FGTS para que agissem em benefício da Odebrecht, configurando um planejamento tributário ilícito.

Ágio 4

Este ágio foi gerado na estruturação do investimento pela OTP Transport Participações S.A. (“OTPT”) (controladora da OTPP) na Embraport, seguindo reorganizações societárias complexas que transferiram o ágio ao patrimônio da OTPP. Posteriormente, a OTPP foi cindida e o ágio foi alocado na Embraport. A fiscalização aponta dois problemas: abuso de direito e ausência de confusão patrimonial entre as partes envolvidas, o que inviabilizaria a amortização fiscal. Além disso, há menção de planejamento tributário ilícito, utilizando-se da expectativa de rentabilidade futura como base para justificar o ágio sem suporte econômico real.

Ágio 5

O ágio nº 5, tal como os ágios nº 1 e nº 2, também envolveu a utilização da empresa Hostens Holdings S.A. para aquisição de participação na Embraport. A estrutura da operação foi considerada artificial pela fiscalização, uma vez que visava à criação de condições tributárias favoráveis sem substância econômica para justificar tal formação de ágio. Dessa forma, o ágio foi integralmente glosado para efeito de dedução no IRPJ e na CSLL.

Para melhor compreensão, reproduziremos alguns trechos do TVF:

5. DOS DOIS PRIMEIROS ÁGIOS RELACIONADOS À EMPRESA VEÍCULO HOSTENS HOLDINGS S.A.

5.1 DA EMPRESA VEÍCULO HOSTENS HOLDINGS S.A.

5.1.1 De acordo com a Ata da Assembleia Geral Extraordinária (A.G.E.) da HOSTENS HOLDINGS S.A. (Anexo A08), a empresa foi constituída em 20 de fevereiro de 2009, tendo como sócias GENILAC PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ

10.192.737/0001-07, e GRANDRIS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 10.192.925/0001-35. O capital social da empresa era de apenas R\$ 100,00 (Cem Reais).

(...)

5.1.3 A figura a seguir apresenta o organograma que descreve a constituição DA HOSTENS HOLDINGS S.A.:

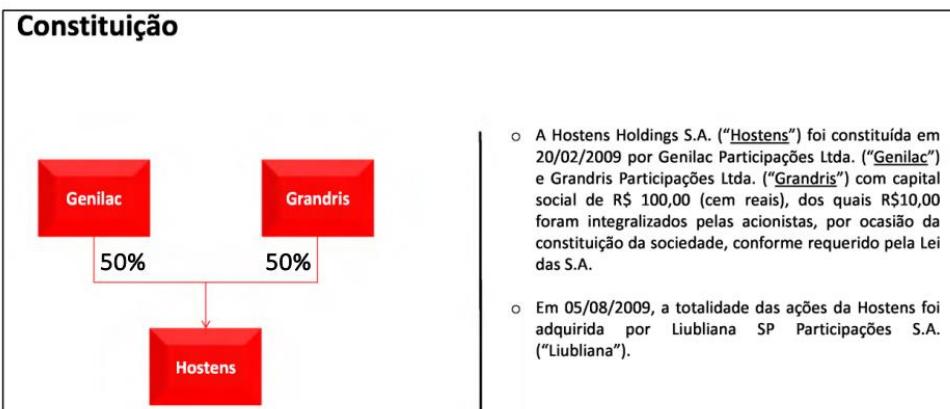


Figura 4: Organograma da constituição da HOSTENS HOLDINGS S.A. conforme Ata da A.G.E. de 05/08/2009 (Anexo A09) e Organogramas Societários da HOSTENS – 2009 a 2013 (Anexo B01).

5.1.4 Ata da A.G.E. da "HOSTENS" (Anexo B02), realizada em 26 de agosto de 2009, indica que, naquela data, a "LIUBLIANA" integralizou R\$ 90,00 (noventa Reais) do capital social da HOSTENS.

2 5.1.5 Ainda na mesma assembleia, foi aprovado o aumento do capital social da HOSTENS, o qual passou de R\$ 100,00 (cem Reais) para R\$ 493.640.932,00 (quatrocentos e noventa e três milhões, seiscentos e quarenta mil, novecentos e trinta e dois Reais).

5.1.6 Transcrevo, a seguir, o respectivo boletim de subscrição, parte integrante da ata da A.G.E. de 26 de agosto de 2009 da HOSTENS HOLDINGS S.A.:

ANEXO I À ATA DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA, REALIZADA EM 26 DE AGOSTO DE 2009, ÀS 10:00 HORAS		
BOLETIM DE SUBSCRIÇÃO		
Denominação da Sociedade: <u>Capital a Integralizar:</u>	Hostens Holdings S.A. R\$493.640.832,00 (quatrocentos e noventa e três milhões, seiscentos e quarenta mil, novecentos e trinta e dois Reais) destinados à conta de capital.	
Número de Ações Subscritas: <u>Preço Unitário de Emissão:</u>	493.640.832 (quatrocentos e noventa e três milhões, seiscentas e quarenta mil, novecentas e trinta e duas) ações ordinárias nominativas e sem valor nominal. R\$1,00 (um Real) por ação ordinária emitida.	
Aprovação: Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 26 de agosto de 2009.		
Subscritores	Ações Ordinárias Subscritas	Valor a ser integralizado em R\$
Liubliana SP Participações S.A. , sociedade com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Rebouças, 3970, 32º andar, Pinheiros, CEP 05402-600, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o NIRE 35.300.358.091 em sessão de 19.06.2008, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 10.143.462/0001-11, neste ato devidamente representada pelos seus Diretores, os Srs. Paulo Henyan Yue Cesena - Diretor Presidente e Felipe Montoro Jens - Diretor.	235.232.866	R\$235.232.866
DP World AFR B.V. , sociedade devidamente constituída de acordo com as leis da Holanda, com sede em Albert Plesmanweg 43G, 3088 GB, Rotterdam, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 11.079.465/0001-04 neste ato devidamente representada por seu procurador, o Sr. Guilherme de Figueiredo Forbes, brasileiro, casado, advogado, portador da Carteira de Identidade R.G. nº. 25.085.005-9-SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº. 259.112.348-90, e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, sob o nº. 190.429, residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, com escritório na Rua Funchal, 418, 11º andar, Vila Olímpia, CEP 04551-060.	258.407.966	R\$258.407.966
Liubliana SP Participações S.A. Paulo Henyan Yue Cesena - Diretor Presidente Felipe Montoro Jens - Diretor	DP World AFR B.V. p.p. Guilherme de Figueiredo Forbes	Paulo Henyan Yue Cesena Secretário

Figura 5: Anexo I da ata da Assembleia Geral Extraordinária da HOSTENS HOLDINGS S.A., realizada em 26 de agosto de 2009 (Anexo B02).

5.1.7 Merece destaque o fato de que um dos novos acionistas da HOSTENS, LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A., foi representada, naquele ato, pelos seus Diretores, os Srs. PAULO HENYAN YUE CESENA, Diretor Presidente, e FELIPE MONTORO JENS, Diretor, os quais haviam sido empossados, cerca de quinze dias antes, diretores da HOSTENS HOLDINGS S.A.

5.1.8 LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A. é a antiga denominação social de ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPP).

5.1.9 Assim, a composição societária da HOSTENS HOLDINGS S.A. passou a ser a seguinte:

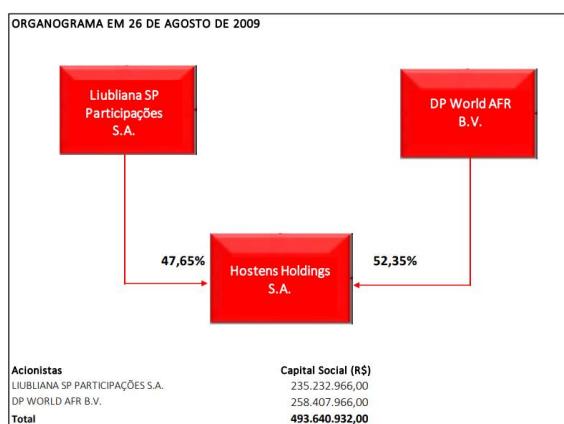


Figura 6: Composição societária da Hostens Holdings S.A. conforme ata da A.G.E. realizada em 26 de agosto de 2009 (Anexo B02).

5.2 DA FORMAÇÃO DOS ÁGIOS Nº 1 E Nº 2

5.2.1 Em 28 de agosto de 2009, apenas dois dias após o aumento do capital social da HOSTENS, de R\$ 100,00 para R\$ 493.640.932,00, foi celebrado Contrato de Compra e Venda de Ações (Anexo B03) entre COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, ORLANDO MACHADO JUNIOR e RAMÓN PÉREZ ARIAS FILHO, na qualidade de Vendedores; HOSTENS HOLDINGS S.A., na qualidade de Compradora; ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA. e DP WORLD FZE, na qualidade de Garantidores; e COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A e EMBRAPORT - EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A., na qualidade de Intervenientes-Anuentes.

5.2.2 O contrato celebrado em 28 de agosto de 2009 tratava de duas operações simultâneas e, em ambas, HOSTENS HOLDINGS S.A. adquiria, seja de forma direta ou indireta, ações da EMBRAPORT.

5.2.3 Na primeira operação, HOSTENS HOLDINGS S.A. adquiriu, de COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., 1.030.000 ações ordinárias emitidas pela EMBRAPORT, representando 1,39% do total do capital social e votante da companhia, pelo preço de R\$ 10.747.407,04 (dez milhões, setecentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e sete reais e quatro centavos).

5.2.4 Na segunda operação, HOSTENS HOLDINGS S.A. adquiriu 37.039.104 ações ordinárias emitidas pela COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. (CIP), representando 100% do capital social e votante daquela companhia, a qual, por sua vez, detinha 37.022.004 ações ordinárias emitidas pela EMBRAPORT, representando 50,01% do total do capital social e votante daquela companhia. O preço pago naquela operação está a seguir discriminado:

Vendedor	Nº de Ações	Preço de Venda (R\$)
Coimex Empreendimentos e Participações Ltda.	9.452.139	98.581.636,54
Cia. Importadora e Exportadora Coimex	26.316.046	274.464.740,90
Orlando Machado Junior	1.085.834	11.324.769,20
Ramón Pérez Arias Filho	185.085	1.930.354,84
Total	37.039.104	386.301.501,48

5.2.5 Desse modo, após a celebração do Contrato de Compra e Venda de Ações, em 28 de agosto de 2009, a estrutura societária da EMBRAPORT passou a ser a seguinte:

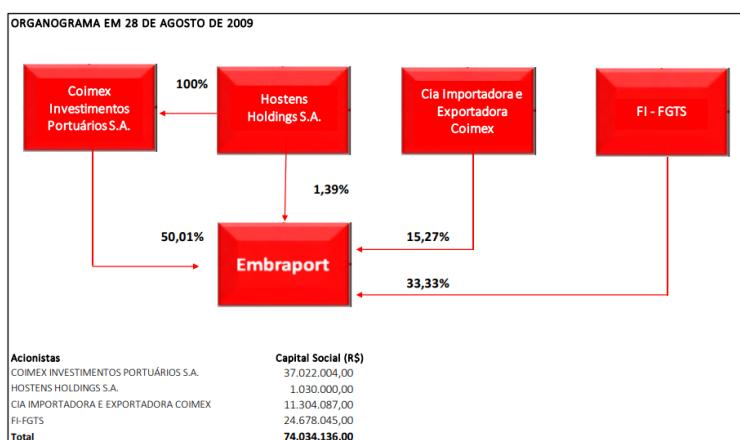


Figura 7: Quadro de acionistas da EMBRAPORT, em 28 de agosto de 2009, conforme resposta de 21 de novembro de 2022 (Anexo A06) e Contrato de Compra e Venda de Ações (Anexo B03).

5.2.6 Na mesma data, 28 de agosto de 2009, foi celebrado um segundo acordo, contrato de mútuo entre HOSTENS HOLDINGS S.A., na qualidade de mutuante, CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, na qualidade de mutuária, e EMBRAPORT – EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A., na qualidade de interveniente.

5.2.7 No supramencionado contrato de mútuo, a HOSTENS disponibilizou o montante de R\$ 96.592.022,50 (noventa e seis milhões, quinhentos e noventa e dois mil, vinte e dois reais e cinquenta centavos) à CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX.

5.2.8 Em garantia do cumprimento de todas as obrigações decorrentes daquele contrato de mútuo, a mutuária alienou fiduciariamente à mutuante, sob a condição suspensiva de recebimento do desembolso do empréstimo, 9.083.063 (nove milhões, oitenta e três mil e sessenta e três) ações ordinárias de emissão da

EMBRAPORT, de sua titularidade, representativas de 12,27% do capital social daquela empresa.

5.2.9 As transferências financeiras ora mencionadas podem ser confirmadas mediante análise do Extrato bancário da HOSTENS HOLDINGS S.A., a seguir destacado, o qual registra a integralização do capital social no montante de R\$ 493.640.932,00, efetuada no dia 02/09/2009 pelas acionistas da Sociedade, seguida da imediata saída, no dia 03/09/2009, dos montantes pagos na negociação de Compra e Venda de Ações e do valor referente ao mútuo:

Extrato de Conta Corrente - SEM SENHA						
AGÊNCIA: 3429 Conta: 00000002007 De: 01/09/2009 a 30/09/2009 Pag: 00001 / 00003						
HOSTENS HOLDING S A						
-- Para uso interno do BANCO, SEM VALOR LEGAL - dados sujeitos a confirmação						
Data Bal. Historico		Documento Orig	Lote	V a l o r		
2008	Saldo Anterior em 20/08/2009	1		0,00C		
0209	729-TRANSFERENCIA	0051250	12035	235.232.866,00C		
	808-ORPAG-EXT.	21236905	14305	985.695,91C		
	809-ORPAG-EXT.	21236945	14305	258.407.965,01C		
	118-COBRANCA I.O.F.	21236905	155065	3.745,64C		
	118-COBRANCA I.O.F.	21236945	13305	981.950,26D		
	231-TAR MANUT CONTA	0090902	13113	20,00D		
	Tarifa referente a 02/09/2009					
0209	Saldo Parcial			493.640.811,02C		
0309	900-MOVIM. DO DIA	0000373	12035	20,00C		
	615-ADM DE CRÉDITO	0000000	12035	100,00C		
	052-EXP	0010401	10140	109.329.043,58D		
	505 0001 0392769700139	COIMES EMP				
	505 0001 28163699900120	CIA IMP EXP CO				
	052-TED	0010402	10140	274.464.740,90D		
	505 0001 0392769700139	COIMES EMP				
	341 0070 28163699900553	CIA IMP EXP CO				
	052-EXP	0010403	10140	96.592,022,50D		
	341 3001 00088461769872	ORLANDO MACHAD				
	052-TED	0010405	10140	11.324.769,20D		
	341 3777 00007390832878	RAMON PEREZ AR				
1009	Saldo Final			0,00C		

Figura 8: Extrato bancário da HOSTENS HOLDINGS S.A. (Anexo B11). Destaque para os montantes integralizados pelas acionistas DP WORLD AFR B.V. e LUBLIANA SP PARCIPAÇÕES S.A.; assim como para os pagamentos efetuados aos Vendedores das ações negociadas no contrato de 28/08/2009 (Vide Anexo B03, p. 46).

5.2.10 O referido extrato bancário registra o ingresso de recursos da ordem de R\$ 493.640.831,01, efetuado em 02/08/2009 pelos acionistas da HOSTENS, e a saída de R\$ 493.640.931,02, no dia seguinte, em decorrência das obrigações assumidas (aquisição das participações societárias e contrato de mútuo). Dessa maneira, resta bem caracterizada a atuação da HOSTENS como simples canal de passagem dos recursos financeiros empregados na negociação.

5.2.11 Ainda na data de 28 de agosto de 2009, foi celebrado um terceiro contrato, entre HOSTENS HOLDINGS S.A., na qualidade de potencial compradora, CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, na qualidade de proprietária, e COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., na qualidade de interveniente-anuente.

5.2.12 Considerando que após a alienação efetuada por meio do Contrato de Compra e Venda de Ações (1º contrato), celebrado em 28 de agosto de 2009, a CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX permaneceu proprietária e detentora de 11.304.087 ações ordinárias emitidas pela EMBRAPORT, representativas de 15,27% de seu capital social, por meio deste terceiro contrato, a CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX outorgou a HOSTENS, e esta aceitou, uma opção irrevogável de compra de 9.083.063 ações da EMBRAPORT, representativas de 12,27% do capital social da companhia. Simultaneamente, a HOSTENS outorgou a CIA IMP. EXP. COIMEX, e esta aceitou, uma opção

irrevogável de venda das mesmas ações. A opção de compra poderia ser exercida da data de assinatura daquele Contrato até o prazo máximo de 31 de dezembro de 2012 e a opção de venda somente poderia ser exercida entre o dia 20 de dezembro de 2012 e o dia 31 de dezembro de 2012.

5.2.13 Por fim, um quarto contrato foi celebrado na data de 28 de agosto de 2009, entre LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A., na qualidade de potencial compradora, CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, na qualidade de proprietária, e ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA., na qualidade de interveniente-garantidora.

5.2.14 O objeto desse quarto contrato era a outorga, a potencial compradora, de uma opção irrevogável de compra de 2.221.024 ações, representativas de 3% do capital total e votante da EMBRAPORT. Simultaneamente, o referido contrato estabeleceu a outorga, à proprietária, de uma opção irrevogável de venda daquelas mesmas ações, ambas as opções a serem exercidas entre 1º de janeiro de 2013 e 31 de março de 2013.

5.2.15 Em resposta de 15 de abril de 2019, a contribuinte fiscalizada esclareceu o cálculo dos ágios gerados nas negociações de 28 de agosto de 2009:

“Com relação ao primeiro questionamento, conforme informado em resposta ao Termo de Intimação nº 01 (Anexo I), a Hostens Holdings S.A. (“Hostens”) celebrou, em 28.08.2009, Contrato de Compra e Venda de Ações para a aquisição de 1.030.000 ações ordinárias de emissão da Embraport, representativas de 1,39% do total de seu capital social, detidas pela Coimex Empreendimentos e Participações Ltda. (“Coimexpar”), pelo montante de R\$ 10.747.407,04.

Por meio do mesmo Contrato, a Hostens também adquiriu 37.039.104 ações ordinárias de emissão da Coimex Investimentos Portuários (“CIP”), representativas de 100% do seu capital social, a qual, por sua vez, detinha 37.022.004 ações ordinárias de emissão da Embraport, representativas de 50,01% do total de seu capital social, pelo montante de R\$ 386.301.501,48.

Considerando que o patrimônio líquido da Embraport – refletido na CIP – no momento da aquisição era de R\$ 439.520.035,26, a Hostens registrou (i) ágio de R\$ 4.638.078,55 com relação à primeira aquisição (i.e., entre Hostens e Coimexpar); e (ii) ágio de R\$ 166.497.122,12 com relação à segunda aquisição (i.e., entre Hostens e CIP), perfazendo o montante de R\$ 171.135.200,67 de ágio total pago na operação”.

5.2.16 Como pode ser observado nas figuras a seguir, a escrita contábil da HOSTENS não registra o fundamento econômico daqueles ágios:

1.4.02.30.01 Ágio s/ Partic na Emp Embraport S.A.						Saldo Anterior	0,00
28/08/2009 VR ÁGIO PAGO PELA AQUISIÇÃO DE 1,39% DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA EMPRESA EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A., CONFORME CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE 28/08/2009	356/3/5	FGL	012	000	4.638.078,55	0,00	2.1.01.01.99
30/11/2009 VR REF ALOCAÇÃO DE ÁGIO S/ INVESTIMENTO NA COIMEX INV. PORTUÁRIOS S.A. PARA INVESTIMENTO NA EMBRAPORT EMP BRAS DE TERM PORTUÁRIOS S.A., CONFORME AGE DESTAS EMPRESAS NESTA DATA	392/1/3	FGL	012	000	166.497.122,12	0,00	1.4.02.30.02
30/11/2009 VR TRANSFÉRENCIA DE ATIVOS PARA A SOCIEDADE EMBRAPORT EMP BRAS DE TERM PORTUÁRIOS S.A., EM FACE DE CISÃO PARCIAL SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO OCORRIDADA CONFORME AGE DE 30/11/2009	394/1/6	FGL	012	000	0,00	171.135.200,67	5.1.01.01.04
Total de Lançamentos Diferença DB/CR						171.135.200,67	171.135.200,67
						0,00	0,00
						Saldo Final	

Figura 9: Razão contábil da HOSTENS HOLDINGS S.A. (Anexo B09).

1.4.02.30.02 Ágio s/ Partic na Emp Coimex I Port S.A.						Saldo Anterior	0,00
28/08/2009 VR ÁGIO PAGO PELA AQUISIÇÃO DE 100% PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA EMPRESA COIMEX INV. PORTUÁRIOS S.A., CONFORME CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE 28/08/2009	356/3/9	FGL	012	000	166.497.122,12	0,00	2.1.01.01.99
30/11/2009 VR REF ALOCAÇÃO DE ÁGIO S/ INVESTIMENTO NA COIMEX INV. PORTUÁRIOS S.A. PARA INVESTIMENTO NA EMBRAPORT EMP BRAS DE TERM PORTUÁRIOS S.A., CONFORME AGE DESTAS EMPRESAS NESTA DATA	392/1/4	FGL	012	000	0,00	166.497.122,12	1.4.02.30.01
Total de Lançamentos Diferença DB/CR						166.497.122,12	166.497.122,12
						0,00	0,00
						Saldo Final	
							FGLO30AD - 1.00.06.093

Figura 10: Razão contábil da HOSTENS HOLDINGS S.A. (Anexo B09).

5.2.17 Como pode ser visto nas demonstrações financeiras da HOSTENS, relativas ao exercício findo em 31 de dezembro de 2009, nelas não há qualquer referência aos ágios tampouco ao(s) fundamento(s) deles.

5.2.18 Em A.G.E. da HOSTENS, realizada em 28 de outubro de 2009, foi aprovado aumento do capital social da Companhia, passando de R\$ 493.640.932,00 (quatrocentos e noventa e três milhões, seiscentos e quarenta mil, novecentos e trinta e dois reais) para R\$ 495.198.430,00 (quatrocentos e noventa e cinco milhões, cento e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta reais), representando um aumento de R\$ 1.557.498,00 (um milhão, quinhentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e noventa e oito reais).

5.2.19 O aumento do capital social foi realizado mediante a emissão de 1.557.498 (um milhão, quinhentas e cinquenta e sete mil, quatrocentas e noventa e oito) novas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$1,00 (um real) cada.

5.2.20 Conforme Boletim de Subscrição (Anexo A10, p. 6), as novas ações foram subscritas de acordo com a proporção de participação de cada acionista na sociedade:

Boletim	Subscritor	Ações Subscritas		
		Tipo	Quantidade	Preço
1/2	LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A.	ON	742.148	R\$ 742.148,00
2/2	DP WORLD AFR B.V.	ON	815.350	R\$ 815.350,00
Total		ON	1.557.498	R\$ 1.557.498,00

5.2.21 Desse modo, a composição acionária e o capital social da HOSTENS HOLDINGS S.A. passaram a ser os seguintes:

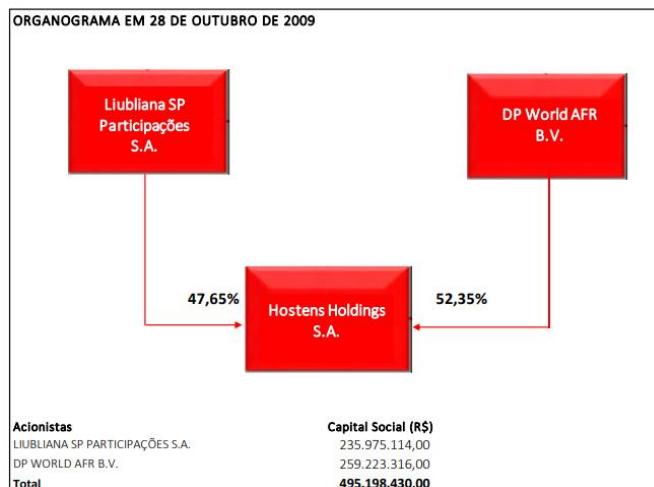


Figura 11: Composição societária da HOSTENS HOLDINGS S.A. conforme ata da A.G.E. realizada em 28 de outubro de 2009 (Anexo A10).

5.2.22 Em 10 de novembro de 2009 foi celebrado o “Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da HOSTENS HOLDINGS S.A. e Incorporação do acervo cindido pela EMBRAPORT — EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A.” (Anexo A11, p. 7-12).

5.2.23 A justificação apresentada para a cisão parcial da HOSTENS foi a seguinte: “A proposta de Reorganização trará benefícios mútuos às Sociedades, de ordem administrativa e financeira, sem o comprometimento do bom andamento dos negócios sociais das Sociedades. Adicionalmente, os acionistas da Hostens (DP World AFR B.V. e Liubliana SP Participações S.A.) passarão a deter participações diretas na Embraport, enquanto empresa operacional, podendo exercer de forma objetiva e direta as suas gestões societárias na referida empresa, preservando-se ainda a própria Hostens para a consecução de outros propósitos empresariais associados à sua função de sociedade holding”.

5.2.24 Pela justificação apresentada, percebe-se que as acionistas da HOSTENS HOLDINGS S.A., DP WORLD AFR B.V. e LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A., desejavam ter participação direta na EMBRAPORT, contudo, tal manifestação de vontade não foi colocada em prática quando elas tornaram-se acionistas da HOSTENS, cerca de dois meses antes da cisão parcial da companhia.

5.2.25 Como pode ser verificado na ata da A.G.E. de 26 de agosto de 2009, da HOSTENS, a mesma assembleia que aprovou o aumento de capital da HOSTENS, de R\$ 100,00 para R\$ 493.640.932,00, autorizou que os diretores da companhia praticassem os seguintes atos:

(...)

5.2.26 Desse modo, verificou-se o seguinte encadeamento de fatos. Até a A.G.E. da HOSTENS de 5 de agosto de 2009 (Anexo A09), a LIUBLIANA era a única acionista da companhia; já na A.G.E. de 26 de agosto de 2009, apenas três semanas depois, ocorreu o aumento do capital social da companhia, da ordem de R\$493.640.832,00, integralizado pela LIUBLIANA e pela nova acionista, DP WORLD

AFR B.V., e, no mesmo ato, foi conferida autorização aos diretores da Companhia para a prática de todos os atos necessários para a aquisição das ações da EMBRAPORT e da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. (CIP), assim como para a concessão do mútuo à CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX.

5.2.27 Portanto, fica claro que todas as decisões estratégicas já haviam sido tomadas antes da efetiva concretização da associação da LIUBLIANA e da DP WORLD como acionistas da HOSTENS. Este é mais um indício do papel meramente formal desempenhado pela HOSTENS em toda a operação de aquisição das participações societárias.

5.2.28 A.G.E. da EMBRAPORT, realizada em 30 de novembro de 2009, às 12 horas, aprovou a incorporação da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S. A. pela Companhia.

5.2.29 Na mesma data, 30 de novembro de 2009, às 16 horas, nova A.G.E. da EMBRAPORT foi realizada. Dessa vez, aprovou-se a incorporação do acervo cindido da HOSTENS (investimento na EMBRAPORT) pela Companhia, nos termos do Protocolo de Cisão Parcial.

5.2.30 O item 4 do Protocolo de Cisão Parcial destaca que: “A Reorganização não acarretará alteração do capital social da Embraport, na medida em que o valor do Acervo Cindido da Hostens será exclusivamente constituído por 38.052.000 (trinta e oito milhões, cinquenta e duas mil) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal de emissão da Embraport, sendo que deste total de ações da Embraport, 1.030.000 (um milhão e trinta mil) ações já são detidas diretamente pela Hostens, sendo que o saldo de 37.022.000 (trinta e sete milhões, vinte e duas mil) ações será recebido em decorrência do processo de incorporação da sua subsidiária integral, Coimex Investimentos Portuários S.A. ...”

5.2.31 Conforme item 4.3 do Protocolo de Cisão Parcial da HOSTENS, a incorporação do acervo cindido não acarretou alteração do capital social da EMBRAPORT, pois as 38.052.000 (trinta e oito milhões e cinquenta e duas mil) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal de emissão da EMBRAPORT foram revertidas do patrimônio da Companhia e atribuídas aos acionistas da HOSTENS, na seguinte proporção: (i) para a DP WORLD AFR B.V. foram atribuídas 19.920.222 (dezenove milhões, novecentos e vinte mil, duzentos e vinte e uma) ações; e (ii) para a LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A. foram atribuídas 18.131.778 (dezesseis milhões, cento e trinta e um mil, setecentos e setenta e oito) ações.

5.2.32 De acordo com o item 4.2 e os subitens 4.2.1 e 4.2.2, do Protocolo de Cisão Parcial da HOSTENS, o acervo cindido era também constituído pelos ágios pagos, em 28 de agosto de 2009, na compra de ações de emissão da EMBRAPORT, até então detidas pela COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., e na aquisição de 100% da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., também detentora de ações da EMBRAPORT, tendo por fundamento econômico a expectativa de resultados futuros da EMBRAPORT.

5.2.33 O valor total daqueles ágios correspondia a R\$ 171.135.200,67 (cento e setenta e um milhões, cento e trinta e cinco mil, duzentos reais e sessenta e sete centavos) e, uma vez aprovada esta reorganização societária, seria integralmente incorporado ao patrimônio da EMBRAPORT na conta de “Reserva Especial de Ágio na Incorporação”.

5.2.34 O organograma a seguir resume as alterações societárias ocorridas, entre 28/08/2009 e 30/11/2009, no quadro de acionistas da EMBRAPORT:

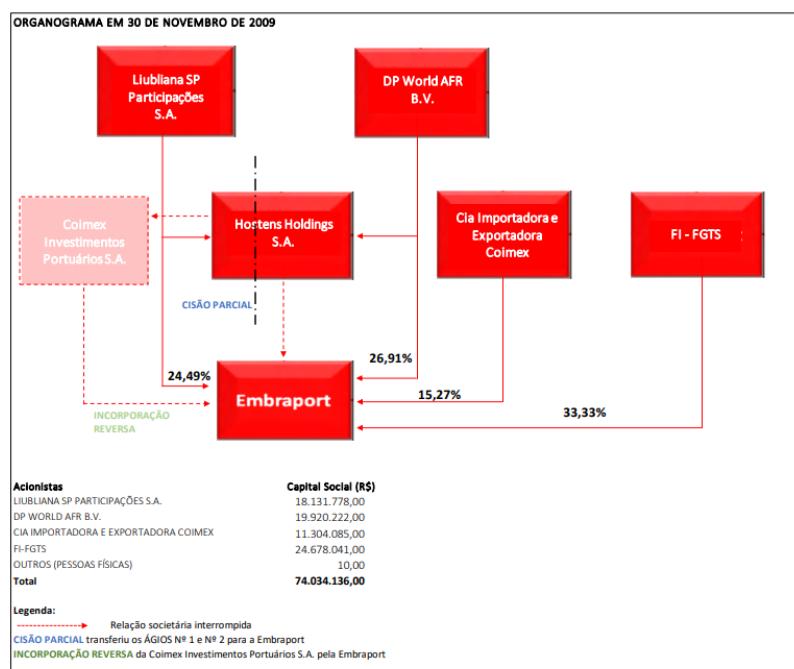


Figura 13: Quadro de acionistas da EMBRAPORT em 30 de novembro de 2009.

5.2.35 Em resumo, HOSTENS HOLDINGS S.A. serviu de canal de passagem para os recursos financeiros, oriundos de suas acionistas, utilizados na aquisição das ações da EMBRAPORT, tanto diretamente, via aquisição da totalidade das ações detidas pela COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., quanto indiretamente, pela aquisição de 100% da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. Posteriormente, por meio de cisão parcial da HOSTENS, seguida da versão do patrimônio cindido (investimento na EMBRAPORT e os ÁGIOS Nº 1 E Nº 2) para a EMBRAPORT, tentou-se realizar a subsunção deste fato a hipótese de incidência da norma tributária que permite a amortização fiscal do ágio, no caso da absorção de patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual a incorporadora detenha participação societária adquirida com ágio.

5.2.36 No entanto, no presente caso, não houve a necessária confusão patrimonial entre os reais adquirentes das participações societárias (DP World AFR B.V. e Liubiana SP Participações S.A) e a investida (EMBRAPORT), tendo em vista a utilização de empresa veículo (HOSTENS) para a aquisição do investimento.

5.2.37 Ainda que, por hipótese, a autoridade julgadora entendesse ser possível a amortização fiscal dos ágios nº 1 e nº 2 pela EMBRAPORT, apesar da utilização de

empresa veículo para a aquisição das participações societárias, cabe relembrar, como visto no item 5.2.16, que não houve registro do fundamento econômico daqueles ágios na escrita contábil da HOSTENS. Aquele registro aparece apenas na escrita contábil da EMBRAPORT, em lançamento contábil efetuado após a incorporação da parcela cindida da HOSTENS, indicando que aqueles ágios teriam fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura.

5.2.38 A figura a seguir apresenta o supramencionado registro:

EMBRAPORT EMP. BRAS. TERM. PORTUÁRIOS SA Período: 01/01/2009 A 31/12/2009		Cenário Contábil: Fiscal Finalidade Econômica: Corrente			
Data	Histórico	Lote/Lançto/Seq	ori	Estab UN	Movto Débito
1.3.04.03.02	LIC. de Operação Term. Portuário				
1.3.04.11.01	Agio por Esp. de Rentabilidade Futura				Saldo Anterior
30/11/2009	VR REF ATIVOS RECEBIDOS DA SOCIEDADE HOSTENS HOLDINGS S.A., EM FACE DE CÍSÃO PARCIAL SEGUIDA DE INCORPORAÇÃO OCORRIDA CONFORME AGE DE 30/11/2009	397/1/3	FGL	001 000	171.135.200,67
			Total de Lançamentos		171.135.200,67
			Diferença DB/CR		171.135.200,67 Saldo Final

Figura 14: Razão contábil da EMBRAPORT (Anexo B10).

5.2.39 Como visto anteriormente, o ágio nº 1 foi gerado na aquisição de 1,39% das ações da EMBRAPORT, diretamente da COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., e o ágio nº 2 foi gerado na aquisição de 100% das ações da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., que era detentora de 50,01% das ações da EMBRAPORT:

Ágio	Valor
nº 1	R\$ 4.638.078,55
nº 2	R\$ 166.497.122,12
Total	R\$ 171.135.200,67

5.2.40 Além da utilização de empresa veículo para a aquisição do investimento e da falta de registro do fundamento econômico dos ágios nº 1 e nº 2 na escrita contábil da HOSTENS, especificamente em relação ao ágio nº 2, ainda existe um terceiro impedimento para a amortização fiscal daquele ágio, isto é, ele não poderia ser fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. Esse ponto é que será tratado a seguir.

5.2.41 Conforme ata da A.G.E. da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., realizada em 30 de setembro de 2008, naquela data foi aprovado o aumento do capital social da Companhia, passando de R\$ 100,00 (cem reais) para R\$ 37.022.104,00 (trinta e sete milhões, vinte e dois mil, cento e quatro reais), mediante a emissão de 37.022.004 (trinta e sete milhões, vinte e duas mil e quatro) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, a serem subscritas pelas então acionistas.

5.2.42 A integralização do capital subscrito foi efetuada por meio da conferência de ações da EMBRAPORT, as quais estavam alienadas fiduciariamente em favor do BANCO CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A. e do CREDIT SUISSE FUND FONDO PRÓPRIO DE

INVESTIMENTO MULTIMERCADO, como pode ser visto no Boletim de Subscrição, a seguir destacado, que integra o Anexo A19:

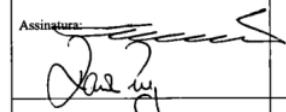
SUBSCRITOR	TIPO	ACÕES SUBSCRITAS	VALOR (R\$)	INTEGRALIZAÇÃO
COIMEX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. , sociedade empresária limitada, com sede na Cidade de Vitória, Estado do Espírito Santo, na Av. Nossa Senhora dos Navegantes, 675, 6º andar, sala 603, Enseada do Suá, CEP 29050-912, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 03.927.697/0001-39, com Contrato Social arquivado na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo (JUCEES) sob o NIRE 32.200.919.012, neste ato representada de acordo com seu contrato social. Assinatura: 	Ações Ordinárias nominativas sem valor nominal	18.143.595	18.143.595,00	À vista, mediante a conferência de 18.143.595 (dezesseis milhões, cento e quarenta e três mil, quinhentos e noventa e cinco) ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada, da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A., totalmente integralizadas, estando a Companhia ciente que a totalidade das ações de titularidade da acionista conferidas ao capital social da Companhia foi alienada fiduciariamente: (i) em favor do Banco Credit Suisse (Brasil) S.A., nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Alienação Fiduciária de Ações, Penhor de Direitos e Outras Avenças nº. 209PG18, firmado em 20 de março de 2008; e (ii) em favor da Credit Suisse Fundo Próprio de Investimento Multimercado, nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Alienação Fiduciária de Ações sob Condição Suspensiva, Penhor de Direitos e Outras Avenças nº. 203FP20, firmado em 20 de março de 2008. Exceção feita às alienações fiduciárias acima referidas, as ações foram conferidas ao capital social livres de outras dívidas, ônus ou dívidas pelo valor total de R\$ 18.143.595,00 (dezesseis milhões, cento e quarenta e três mil, quinhentos e noventa e cinco reais).
CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX , sociedade por ações, com sede na Cidade de Vitória, Estado do Espírito Santo, na Av. Nossa Senhora dos Navegantes, 675, 6º andar, sala 606, Enseada do Suá, CEP 29050-912, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 28.163.699/0001-20, com Estatuto Social arquivado na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo (JUCEES) sob o NIRE 35.300.018.947, neste ato representada de acordo com seu estatuto social. Assinatura: 	Ações Ordinárias nominativas sem valor nominal	18.878.409	18.878.409,00	À vista, mediante a conferência de 18.878.409 (dezito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, quatrocentas e nove reais) ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada, da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A., totalmente integralizadas, estando a Companhia ciente que a totalidade das ações de titularidade da acionista conferidas ao capital social da Companhia foi alienada fiduciariamente: (i) em favor do Banco Credit Suisse (Brasil) S.A., nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Alienação Fiduciária de Ações, Penhor de Direitos e Outras Avenças nº. 203BG18, firmado em 20 de março de 2008; e (ii) em favor da Credit Suisse Fundo Próprio de Investimento Multimercado, nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Alienação Fiduciária de Ações sob Condição Suspensiva, Penhor de Direitos e Outras Avenças nº. 203FP20, firmado em 20 de março de 2008. Exceção feita às alienações fiduciárias acima referidas, as ações foram conferidas ao capital social livres de outras dívidas, ônus ou dívidas pelo valor total de R\$ 18.878.409,00 (dezito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, quatrocentas e nove reais).

Figura 15: Boletim de Subscrição (Anexo A19, p. 7-8).

5.2.43 A análise das Demonstrações Financeiras da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., nas datas de referência de 31 de julho de 2009 e de 31 de outubro de 2009, confirma que o único ativo relevante da companhia era o investimento na EMBRAPORT:

Coimex Investimentos Portuários S/A	
Balanços Patrimoniais em 31 de Julho de 2009 (Em milhares de reais)	
ATIVO	2009
Circulante	
Disponível	
Total do ativo circulante	1
Não circulante	
Investimentos	
Total do ativo não circulante	220.815
Total Ativo	220.817
PASSIVO	2009
Patrimônio líquido	
Capital social	37.039
Reserva de lucros	175.156
Lucro do período	8.622
Total do patrimônio líquido	220.817
Total Passivo	220.817

Figura 16: As Demonstrações Financeiras da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., na data de referência de 31 de julho de 2009, consta como anexo ao Contrato de Compra e Venda de Ações, datado de 28 de agosto de 2009 (Anexo B03, p. 60-62).

Ativo	Em reais
Circulante	
Disponibilidades	409,71
	<u>409,71</u>
Não circulante	
Investimentos	
Investimento avaliado preequivalência patr.	221 965 710,25
Embraport Emp. Bras. Term. Portuários S.A.	221 965 710,25
	<u>221 965 700,25</u>
Total do ativo	<u>221.965.109,56</u>
Passivo	
Circulante	
Fornecedores	409,71
	<u>409,71</u>
Passivo e patrimônio líquido	
Capital social realizado	37.039.104,00
Reserva Legal	7.404.420,00
Reserva de Luros	167.751.208,85
Lucros Acumulados	9.770.966,60
	<u>221.966.700,25</u>
Total do passivo e do patrimônio líquido	<u>221.966.109,56</u>

Figura 17: Balanço Patrimonial da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. na data de referência de 31 de outubro de 2009. Este balanço consta de laudo de avaliação da companhia, elaborado para fins de incorporação da COIMEX pela EMBRAPORT (Anexo B08, p. 11-14).

5.2.44 Em sua resposta de 15 de abril de 2019, a fiscalizada demonstrou a forma de cálculo do ágio nº 2:

A formação do ágio de R\$ 166.497.122,12 é evidenciado na seguinte tabela¹:

Preço (a)	Valor 100% PL Embraport (b)	Valor 50,01% PL Embraport (c)	Ágio (a-c)
R\$ 386.301.501,48	R\$ 439.520.035,26	R\$ 219.803.969,63	R\$ 166.497.531,85

Figura 18: Memória de cálculo do ágio nº 2 apresentada em resposta de 15 de abril de 2019 (Anexo B06). O demonstrativo apresenta erro de arredondamento.

5.2.45 Verifica-se que há uma pequena divergência entre o valor do investimento EMBRAPORT no balanço de 31 de outubro de 2009, em comparação com o valor utilizado na memória de cálculo apresentada para o ágio nº 2; no entanto, pela forma como foi estruturada a memória de cálculo, fica claro que a fiscalizada considerou o valor contábil do ativo “investimento EMBRAPORT” como sendo o valor do patrimônio líquido da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. para efeito de apuração do valor daquele ágio.

5.2.46 Como visto anteriormente, o ágio resultante da aquisição da COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., no montante de R\$ 166.497.122,12 (Ágio nº 2), não teve o registro do fundamento econômico efetuado na escrita contábil da aparente investidora (HOSTENS), em desacordo com o que dispõe o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 20, § 2º, com a redação vigente à época dos fatos:

“§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”.*

5.2.47 Também é importante salientar que o registro do fundamento econômico, na escrita contábil do investidor, não é uma escolha discricionária, mas depende das circunstâncias fáticas que indiquem qual dos três fundamentos econômicos, acima apontados, deva ser adotado.

5.2.48 O fundamento econômico mais comumente adotado pelos contribuintes é aquele previsto no Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 20, § 2º, alínea “b”, que trata do valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

5.2.49 É fato que a COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. (CIP) não exercia qualquer atividade econômica substantiva, como atestam suas demonstrações financeiras. Além disso, não há registro de qualquer estudo, contemporâneo ao lançamento contábil do ágio nº 2, que indique estimativa de mensuração de resultados futuros da CIP.

5.2.50 Ainda que se admita que a expectativa de rentabilidade futura da CIP pudesse ser a mesma de sua controlada EMBRAPORT, tendo em vista ser esse investimento o único ativo relevante da companhia, o primeiro estudo de avaliação da expectativa de rentabilidade futura da EMBRAPORT, apresentado pela fiscalizada, é datado de 30 de novembro de 2010, ou seja, mais de um ano após a celebração do negócio jurídico que deu origem ao ágio nº 2. Logo, não há contemporaneidade entre a elaboração do Laudo de Avaliação da EMBRAPORT e a demonstração necessária para o registro do fundamento econômico do ágio na escrita contábil da investidora.

5.2.51 Portanto, ainda que tivesse sido registrado, na escrita contábil da formal adquirente das participações societárias (HOSTENS), o fundamento econômico do pagamento daquele ágio não poderia ser a expectativa de rentabilidade futura da CIP.

5.2.52 Também não seria possível fundamentar o investimento em fundo de comércio ou intangíveis, pois não havia registro dessa classe de ativos na escrita contábil da CIP.

5.2.53 No entanto, a CIP possuía um ativo relevante que tinha valor de mercado, o investimento EMBRAPORT, cujo preço justo de aquisição poderia ser estabelecido em negociação realizada entre partes independentes. Desse modo, o único fundamento econômico que poderia justificar o pagamento de ágio, nesse caso, seria o valor de mercado daquele bem integrante do ativo da CIP (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 20, § 2º, alínea “a”).

(...)

6. DOS ÁGIOS RELACIONADOS AO FI-FGTS

6.1 DOS FATOS RELACIONADOS AOS ÁGIOS Nº 3 E Nº 4

6.1.1 Como já tratado no capítulo 4, em outubro de 2008, o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS adquiriu 33,33% das ações da EMBRAPORT.

6.1.2 Ata de A.G.E. da ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPP), realizada em 17 de setembro de 2010, registra a aprovação do aumento do capital social da OTPP, mediante a emissão de 73.039.738 (setenta e três milhões, trinta e nove mil, setecentas e trinta e oito) novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$ 25,965317674 (vinte e cinco reais, noventa e seis centavos e fração) por ação, fixado de acordo com o artigo 170, §1º, inciso I da Lei das Sociedades por Ações, sendo R\$ 1,00 (um real), por ação, destinados ao capital social, e R\$ 24,965317674 (vinte e quatro reais, noventa e seis centavos e fração), por ação, destinados a reserva de capital da Companhia, passando o capital social da Companhia de R\$ 170.426.056,60 (cento e setenta milhões, quatrocentos e vinte e seis mil, cinquenta e seis reais e sessenta centavos) para R\$ 243.465.794,00 (duzentos e quarenta e três milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil, setecentos e noventa e quatro reais).

(...)

6.1.4 Os bens utilizados na integralização do capital subscrito e da reserva de capital subscrita foram as ações da EMBRAPORT que o FI-FGTS detinha. O quadro a seguir apresenta a nova composição societária da OTPP:

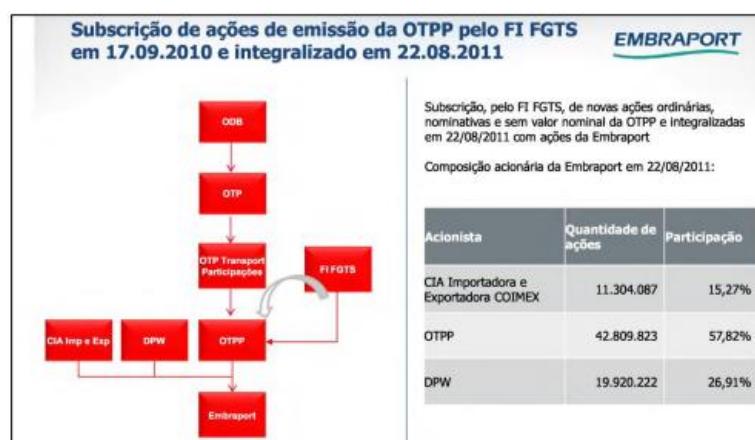


Figura 20: EMBRAPORT - Organogramas societários – 1998 a 2013 (Anexo B17, p. 7).

6.1.5 Em resposta datada de 23 de dezembro de 2022, a EMBRAPORT apresentou os seguintes esclarecimentos acerca da apuração de ágio na reorganização societária descrita neste capítulo:

Passamos, a seguir, a detalhar a reestruturação societária por meio da qual o valor do ágio de aquisição das ações de emissão da Embraport detidas pelo FI-FGTS passou para a Companhia;

- Em 2011, 33,33% das ações de emissão da Embraport detidas pelo FI-FGTS foram apontadas na Odebrecht TransPort Participações S/A ("OTPP") pelo valor de mercado de R\$ 596.500.000,00, com base na expectativa de rentabilidade futura da Embraport, conforme a AGE de 22/08/2011 e Laudo de Avaliação elaborado na época, quando a Embraport possuía um patrimônio líquido proporcional aos 33,33%, de R\$ 170.194.208,00, apurando um ágio no aporte de R\$ 426.305.792,00.

Figura 21: Resposta à intimação fiscal, datada de 23 de dezembro de 2022 (Anexo A14).

6.1.6 Portanto, na integralização do capital subscrito da OTPP, efetuada pelo FI-FGTS em bens, ou seja, com as ações da EMBRAPORT, efetuou-se o registro de ágio, no montante de R\$ 426.305.792,00, na contabilidade da OTPP (Ágio nº 3).

6.1.7 Além da parcela do capital subscrito, pelo FI-FGTS na OTPP, integralizada em bens (ações da EMBRAPORT), outra parcela, no montante de R\$ 1.300.000.000,00, foi integralizada em moeda corrente nacional, perfazendo o montante total de R\$ 1.896.500.000,00 (um bilhão, oitocentos e noventa e seis milhões e quinhentos mil reais) como preço de aquisição da participação societária.

6.1.8 Esse investimento do FI-FGTS na OTPP gerou o registro de ágio, na escrita contábil do FI-FGTS, no montante de R\$ 1.279.480.021,48. Intimada a apresentar a memória de cálculo daquele ágio, por meio de diligência fiscal de TDPF nº 08.1.85.00-2017-00137-3, a Caixa Econômica Federal (CEF) apresentou resposta em que se destaca o quadro a seguir:

Em 31/12/2010 [Atualização da Contabilização na Carteira]			
Cálculo do ágio operação Odebrecht Transport Participações			
Capital do mês anterior ao aporte	170.426.056,60	31/08/2010	
Resumo Acumulado do Exercício Anterior	10.197.189,34	31/12/2009	
Total do Pto no Aporte	180.623.245,94		
Composição do capital - Outras ações	370.426,056		
Valor patrimonial da ação	0,04		
Aporte do FI-FGTS			
	Valor	Qtd Ações	% participação
Integralização do capital	1.896.500.000,00	73.039.738	30,00%
			Valor Unitário
			25.065,31767
Ágio Integralização			
P. Líquido após integralização	2.056.733.767,34		
Composição da carteira - Outras ações	245.461,794		
Valor patrimonial da ação	8.447.729,90		
Cálculo Carteira			
Valor patrimonial da integralização	637.019.978,52		
Ágio	3.219.480.021,48		
Valor pago	3.856.500.000,00		
Cálculo			
ação valor patrimonial	8.447.729,90		
ação valor pago	25.065,31767		
ágio por ação	17.517.587,78		
% participação	73.039.738,00		
Valor do Ágio	1.279.480.021,48		

Figura 22: Memória de cálculo do ágio decorrente da aquisição da participação societária na OTPP, apresentada em resposta de 26 de julho de 2018 (Anexo B18, p. 8).

6.1.9 A partir desse momento, iniciou-se uma série de operações societárias que tiveram como objetivo espelhar o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 no patrimônio da OTPP.

6.1.10 Consta de ata21 de A.G.E. da ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPP), realizada em 30 de outubro de 2012, a aprovação da incorporação da totalidade das ações da OTPP pela OTP TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPT), com a consequente conservação da pessoa jurídica OTPP e sua conversão em subsidiária integral da OTPT, nos termos do artigo 252 da Lei das S.A.

6.1.11 Consta ainda daquela ata que, em decorrência da Incorporação de Ações, o acionista FI-FGTS receberia, em substituição às ações de emissão da OTPP de sua titularidade, ações de emissão da OTPT. A relação de substituição seria de 1,079931434037 ação ordinária de emissão da OTPT para cada 1 (uma) ação ordinária de emissão da OTPP a ser incorporada.

6.1.12 O Anexo B15 apresenta a ata da A.G.E. da OTPT que aprovou a operação acima descrita.

6.1.13 Consta de ata de A.G.E. da ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (OTP), realizada em 9 de novembro de 2012, a aprovação da incorporação da totalidade das ações da OTPT pela companhia, com a consequente conservação da pessoa jurídica OTPT e sua conversão em subsidiária integral da OTP, nos termos do artigo 252 da Lei das S.A.

6.1.14 Consta ainda da mesma ata que o acionista FI-FGTS receberia, em substituição às ações de emissão da OTPT de sua titularidade, ações de emissão da OTP. A relação de troca estabelecida foi de 0,692747344507 ação ordinária de emissão da OTP para cada ação ordinária de emissão da OTPT.

6.1.15 O organograma a seguir representa as alterações societárias ora descritas, ocorridas no período de 11 dias, entre 30 de outubro de 2012 e 9 de novembro de 2012:

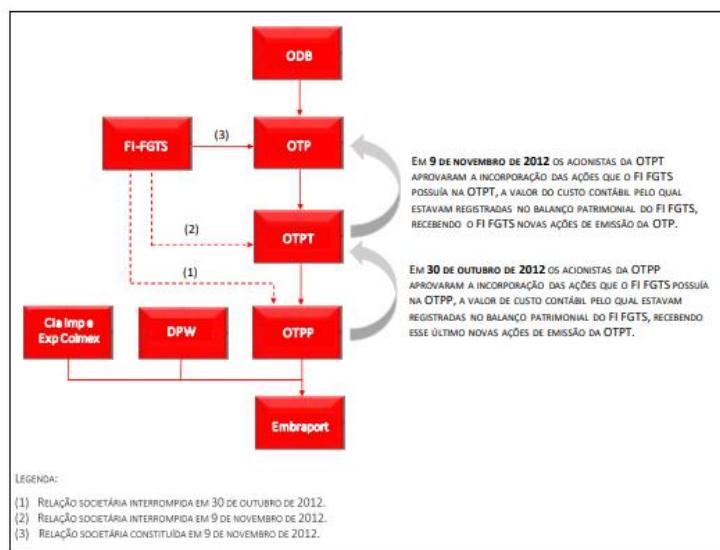


Figura 23: Organograma representando a reorganização societária de empresas do grupo Odebrecht ocorrida entre outubro e novembro de 2012.

6.1.16 Em 23 de novembro de 2012 ocorreu a incorporação reversa da OTPT pela OTPP, sendo as ações de emissão da OTPP, detidas pela primeira, transferidas para a OTPT. Ata da A.G.E. da OTPP, realizada naquela data, registra a operação (Anexo B19).

6.1.17 O organograma a seguir apresenta as novas composições acionárias da EMBRAPORT, da OTPP e da OTP:

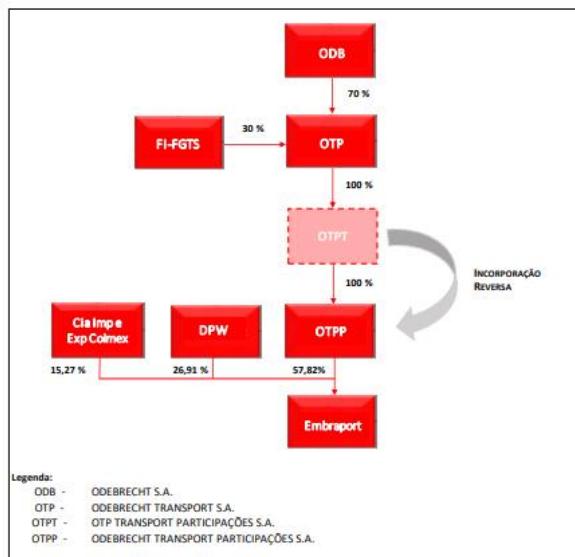


Figura 24: Quadro de acionistas da EMBRAPORT, da OTPP e da OTP logo após a incorporação reversa da OTPT pela OTPP, aprovada em 23 de novembro de 2012.

6.1.18 Segue a intimada em sua resposta, de 23 de dezembro de 2022, em que merecem destaque os seguintes trechos:

- A Odebrecht TransPort S.A. ("OTPT"), holding que controlava a OTPP, aprovou a incorporação das ações que o FI FGTS possuía na OTPP, a valor de mercado, convertendo-se esta última em subsidiária integral da OTPT na forma do disposto no art. 252, da Lei das S.A.s.

- Em decorrência dessa incorporação de ações, a OTPT deliberou pela emissão de 78.877.909 novas ações ordinárias e nominativas da Companhia, sem valor nominal, pelo valor total de R\$ 1.981.313.841,59, de acordo com o Laudo de Avaliação Patrimonial Contábil, ao preço de emissão de R\$ 25,1187419483 por ação, perfazendo o valor total de R\$ 78.877.909,00, destinados ao aumento do capital social, e o remanescente, perfazendo o total de R\$ 1.902.435.932,59, destinados a reserva de capital.

- Uma vez que o valor patrimonial contábil das ações da OTPP que foram adquiridas pela OTPT montava R\$ 701.833.820,11 e o montante pago por tais ações foi de R\$ 1.981.313.841,50, a OTPT desdobrou o registro de seu investimento em valor de patrimônio líquido (no montante de R\$ 701.833.820,11) e ágio, no montante de R\$ 1.279.480.021,48. O ágio está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura dos empreendimentos que compõem o portfólio de ativos da OTPP, estando suportado pela avaliação econômico-financeira elaborada pela Ernst & Young Terco Assessoria Empresarial Ltda., com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, nº 1.830, Torre 2, 6º andar, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 59.527.788/0001-31 ("Laudo de Avaliação Econômico-Financeira"), na data-base de 30 de setembro de 2012.

- Uma vez que a OTPP era, à época, uma holding de investimentos, a sua rentabilidade futura foi calculada com base no valor de negócios dos seus ativos, proporcionalmente ao percentual de valor de cada uma de suas investidas.

Figura 25: Resposta, à intimação fiscal, datada de 23 de dezembro de 2022 (Anexo A14).

6.1.19 Portanto, na operação societária ora descrita, a OTP TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPT) adquiriu a participação que o FI-FGTS detinha na

OTPP, pelo preço de R\$ 1.981.313.841,50, pago em ações da OTPT, tendo sido apurado ágio de R\$ 1.279.480.021,48 (Ágio OTPP).

6.1.20 Percebe-se, curiosamente, que o ágio apurado na operação em que a OTPT adquiriu a participação do FI-FGTS na OTPP é de idêntico valor ao ágio apurado na operação em que o FI-FGTS adquiriu a participação na OTPP; efetuando-se, desse modo, o espelhamento do ágio, existente no patrimônio do FI-FGTS, no patrimônio da OTPT:

Operação	Participação adquirida	Data da Operação	Patrimônio Líquido da OTPP (R\$)	Preço de aquisição (R\$)	Ágio (R\$)
Integralização das ações da OTPP subscritas pelo FI-FGTS.	30%	28/08/2011	617.019.978,52	1.896.500.000,00	1.279.480.021,48
Aquisição das ações da OTPP, detidas pelo FI-FGTS, pela OTPT.	30%	30/10/2012	701.833.820,11	1.981.313.841,59	1.279.480.021,48

Figura 26: Quadro comparativo da apuração do ágio.

6.1.21 É inadequado falar em transferência de ágio na operação acima descrita, pois, como será visto mais adiante, o FI-FGTS manteve o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 em suas demonstrações contábeis.

6.1.22 A etapa seguinte, a aquisição da participação do FI-FGTS na OTPT, pela OTP, tornou-se necessária para deslocar o investimento do FI-FGTS na OTPT e permitir a incorporação reversa da OTPT pela OTPP.

6.1.23 Intimada a esclarecer a posição do FI-FGTS diante da reorganização societária acima descrita, por meio de diligência fiscal de TDPF nº 08.1.85.00-2017-00137-3, a Caixa Econômica Federal (CEF) apresentou resposta em que se destaca o trecho a seguir:

2.2.1.3. “2.3 - Ainda em relação a operação acima, explicar qual o interesse do FI-FGTS nesta reorganização.”

2.2.1.3.1. Conforme Justificação da Incorporação de Ações presente no Protocolo e Justificação de Incorporações de Ações de Emissão da OTPP pela OTPT, proposto por essas empresas no âmbito da deliberação e parte integrante da ata da Assembleia Geral de Acionistas da OTPP do dia 30 de outubro de 2012 (a qual será reencaminhada como parte da resposta ao item 2.2 deste Ofício), disponibilizado a esta Divisão de Fiscalização por meio do Ofício nº 0038/2017/VITER, de 02 de outubro de 2017, e do Ofício nº 0023/2018/VIART, de 26 de julho de 2018:

“A Operação está sendo realizada como etapa inicial de uma ampla reorganização societária envolvendo as holdings da Organização Odebrecht para investimentos no segmento de transportes e logística, com os objetivos de: (a) gestão de tais atividades de forma mais eficiente, com a subsequente simplificação de estruturas societárias e consequente redução de custos administrativos; (b) promover a migração da participação societária do acionista FI-FGTS do perímetro da OTPP para o perímetro da OTPT e, subsequentemente, para uma outra holding de participações societárias denominada de ODEBRECHT TRANSPORT S.A., sociedade por ações de capital fechado, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida das Nações Unidas, 4.777, 5º andar, Sala 08, Alto de Pinheiros, CEP 05477-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 12.251.483/0001-86 e no NIRE 35300381548, de modo que as relações societárias e de governança corporativa do negócio de transportes e logística sejam futuramente estabelecidas no âmbito da referida holding ODEBRECHT TRANSPORT S.A.; e (c) manter a OTPP exclusivamente como a holding operacional para a prospecção e aquisição de novos negócios no segmento de transportes e logística”

Figura 27: Resposta de 2 de outubro de 2018 da CEF (Anexo B12, p 3).

6.1.24 Pela resposta acima, percebe-se que a CEF se limitou a transcrever a motivação apresentada no Protocolo e Justificação da Incorporação de Ações de

Emissão da OTPP pela OTPT. Nem mesmo em relação ao objetivo delimitado na alínea “b”, que tratava da promoção da migração do acionista FI-FGTS, do perímetro da OTPP para o da OTPT e, em seguida, para o da OTP, houve declaração quanto ao posicionamento do FI-FGTS diante daquelas operações societárias.

6.1.25 A troca da participação societária de 30% do capital social e votante da OTPP por 30% do capital social e votante da OTP, ao final das operações societárias realizadas em 30/10/2012 e 09/11/2012, promoveu alteração relevante na capacidade do FI-FGTS influir nas políticas financeiras e operacionais da controladora direta dos empreendimentos operacionais, passando a exercer influência apenas na esfera da controladora indireta dos empreendimentos operacionais.

6.1.26 Como pode ser observado nas atas das assembleias que aprovaram as operações de incorporação de ações, a forma escolhida para a realização daquela reorganização societária foi a incorporação de ações prevista no art. 252 da lei das sociedades anônimas.

(...)

6.1.28 No presente caso não houve ganho de capital. Como o valor patrimonial contábil das ações da OTP, recebidas pelo FI-FGTS, era menor do que o valor patrimonial contábil das ações da OTPP, até então detidas por aquele fundo de investimento, ao final da reorganização societária o fundo de investimento apurou prejuízo contábil:

3.1. As ações a serem incorporadas são todas as demais ações representativas do capital social da OTPP não detidas pela OTPT, portanto representadas por 73.039.738 (setenta e três milhões, trinta e nove mil, setecentos e trinta e oito) ações ordinárias e nominativas, sem valor nominal, detidas exclusivamente pelo acionista FI-FGTS, as quais foram avaliadas, para fins de incorporação ao patrimônio da OTPT mediante realização de aumento do seu capital social e reserva de capital, pelo critério de valor de custo contábil total pelo qual este item do ativo está atualmente registrado no balanço patrimonial do acionista FI-FGTS, conforme laudo de avaliação elaborado pela Guimarães e Sieiro Consultoria e Serviços Contábeis Ltda., com sede na Cidade de Salvador, Estado da Bahia, na Av. Tancredo Neves, nº 939, Ed. Esplanada Tower – Sala 907, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.533.214/0001-72 (“Guimarães e Sieiro”), constante do Anexo III ao presente (“Laudo de Avaliação”). Segundo este critério, o Laudo de Avaliação apontou que o valor das ações representativas do capital social da OTPP, a serem incorporadas pela OTPT, corresponde a R\$ 1.981.313.841,59 (um bilhão, novecentos e oitenta e um milhões, trezentos e treze mil, oitocentos e quarenta e um reais e cinquenta e nove centavos), de forma que o preço de emissão das 78.877.909 (setenta e oito milhões, oitocentos e setenta e sete mil, novecentas e nove) novas ações ordinárias e nominativas, sem valor nominal da OTPT corresponderá a R\$ 1.981.313.841,59 (um bilhão, novecentos e oitenta e um milhões, trezentos e treze mil, oitocentos e quarenta e um reais e cinquenta e nove centavos). A escolha e a contratação da Guimarães e Sieiro deverá ser ratificada pelos acionistas da OTPT e da OTPP.

Figura 29: Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. pela OTP TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (Anexo B14, p. 7).

3.1. As ações a serem incorporadas são todas as demais ações representativas do capital social da OTPT não detidas pela OTP, portanto representadas por 78.877.909 (setenta e oito milhões, oitocentos e setenta e sete mil, novecentas e nove) ações ordinárias e nominativas,

sem valor nominal, detidas exclusivamente pelo acionista FI-FGTS, as quais foram avaliadas, para fins de incorporação ao patrimônio da OTP, mediante realização de aumento do seu capital social e reserva de capital, pelo critério de valor patrimonial contábil na data base de 31 de outubro de 2012, conforme laudo de avaliação elaborado pela Guimarães e Sieiro Consultoria e Serviços Contábeis Ltda., com sede na Cidade de Salvador, Estado da Bahia, na Av. Tancredo Neves, nº 939, Ed. Esplanada Tower – Sala 907, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.533.214/0001-72 (“Guimarães e Sieiro”), constante do Anexo I ao presente (“Laudo de Avaliação”). Segundo este critério, o Laudo de Avaliação apontou que o valor das ações representativas do capital social da OTPT, a serem incorporadas pela OTP, corresponde a R\$ 699.961.908,47 (seiscientos e noventa e nove milhões, novecentos e sessenta e um mil, novecentos e oito reais e quarenta e sete centavos), de forma que o preço de emissão das 54.642.462 (cinquenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e duas) novas ações ordinárias e nominativas, sem valor nominal da OTP corresponderá a R\$ 699.961.908,47 (seiscientos e noventa e nove milhões, novecentos e sessenta e um mil, novecentos e oito reais e quarenta e sete centavos). A escolha e a contratação da Guimarães e Sieiro deverá ser ratificada pelos acionistas da OTP e da OTPT.

Figura 30: Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações de Emissão da OTP TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. pela ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (Anexo A13, p. 13-14).

6.1.29 Ao alienar o investimento na OTPP, o FI-FGTS deveria ter baixado aquele investimento de sua contabilidade, inclusive o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 (Ágio OTPP), pago na operação de aquisição das ações da OTPP pelo fundo; e registrado o novo investimento na OTP. No entanto, não foi esse o procedimento adotado. Conforme resposta de 2 de outubro de 2018, da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF), o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 foi mantido na contabilidade da CEF:

2.2. Em relação ao item 2 do Termo, abaixo apresentado, cabe pontuar que na incorporação das ações do FI-FGTS na OTPP pela OTPT, ocorrida em 30 de outubro de 2012, o valor de R\$ 1.902.435.932,59 (um bilhão, novecentos e dois milhões, quatrocentos e trinta e cinco mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta e nove centavos) foi destinado para a conta de reserva de capital da OTPT, conforme o Protocolo e Justificação de Incorporações de Ações de Emissão da Odebrecht Transport Participações S.A. (“OTPP”) pela OTP Transport Participações S.A. (“OTPT”), parte integrante da ata da Assembleia Geral de Acionistas da OTPP do dia 30 de outubro de 2012 (a qual será reencaminhada como anexo a este Ofício), disponibilizado a esta Divisão de Fiscalização por meio do Ofício nº 0038/2017/VITER, de 02 de outubro de 2017, e do Ofício nº 0023/2018/VIART, de 26 de julho de 2018. Por meio deste último Ofício citado, foi ainda apresentado que nessa incorporação de ações houve a manutenção do ágio apurado na aquisição de participação acionária da OTPP pelo FI-FGTS, equivalente a R\$ 1.279.480.021,48 (um bilhão, duzentos e setenta e nove milhões, quatrocentos e oitenta mil, vinte e um reais e quarenta e oito centavos).

Figura 31: Resposta da CEF de 2 de outubro de 2018 (Anexo B12, p. 2).

6.1.30 Em síntese, a forma como a reorganização societária ora descrita foi realizada permitiu a criação de um ágio de R\$ 1.279.480.021,48 no patrimônio da OTPT, que posteriormente seria transferido para a OTPP; e parece ter atendido, unicamente, a interesses do grupo ODEBRECHT.

6.1.31 Se não, veja-se, a ata da A.G.E. da ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. (OTPP), realizada em 21 de dezembro de 2012, registra que naquela data foi aprovada a cisão parcial do patrimônio da Companhia, com a versão do acervo

líquido cindido em 4 (quatro) parcelas distintas, seguida de incorporação das Parcelas Cindidas pelas Incorporadoras, todas integrantes do grupo ODEBRECHT, nos termos e condições estabelecidos no Protocolo e Justificação da Cisão Parcial.

6.1.32 A cláusula 3.1 do Protocolo e Justificação da Cisão Parcial, acima referido, discrimina as parcelas cindidas e incorporadas, respectivamente, por EMBRAPORT - EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A., CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. (CRB), CONCESSIONÁRIA ROTA DOS COQUEIROS S.A. (CRC) e ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (OTP):

3.1. Os elementos e respectivos valores contábeis, confirmados pelos Laudos de Avaliação, que devem compor o acervo líquido total a ser cindido do patrimônio da OTPP e, em seguida, incorporado em parcelas distintas e identificadas pela EMBRAPORT, pela CRB, pela CRC e pela OTP, consistem, respectivamente:	
(i)	da participação societária detida pela OTPP no capital social da EMBRAPORT, composta por 42.809.825 (quarenta e dois milhões, oitocentas e nove mil, oitocentas e vinte e cinco) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, com o respectivo ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e a correspondente provisão sobre o ágio, constituída em atenção às práticas contábeis ("Parcela cindida a ser incorporada pela EMBRAPORT");
(ii)	da participação societária detida pela OTPP no capital social da CRB, composta por 556.799.050 (quinhentos e cinquenta e seis milhões, setecentos e noventa e nove mil e cinquenta) ações, sendo 278.399.525 (duzentos e setenta e oito milhões, trezentos e noventa e nove mil, quinhentas e vinte e cinco) ações ordinárias e 278.399.525 (duzentos e setenta e oito milhões, trezentos e noventa e nove mil, quinhentas e vinte e cinco) ações preferenciais, todas sem valor nominal ¹ , com o respectivo ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e a correspondente provisão sobre o ágio, constituída em atenção às práticas contábeis ("Parcela cindida a ser incorporada pela CRB");
(iii)	da participação societária detida pela OTPP no capital social da CRC, composta por 19.385.740 (dezenove milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, setecentas e quarenta) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, com o respectivo ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e a correspondente provisão sobre o ágio, constituída em atenção às práticas contábeis ("Parcela cindida a ser incorporada pela CRC"); e
(iv)	da participação societária detida pela OTPP no capital social da Hostens Holdings S.A., sociedade com sede na Praça Antonio Telles, nº 12, 7º andar (parte), Centro, na Cidade de Santos, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 10.741.464/0001-02 ("Hostens"), composta por 107.523.684 (cento e sete milhões, quinhentos e vinte e três mil, seiscentos e oitenta e quatro) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, com o respectivo ágio; do saldo referente ao crédito decorrente do contrato de mútuo com a CRC; e de parte do saldo de recursos financeiros mantidos em disponibilidade ("Parcela cindida a ser incorporada pela OTP").

Figura 32: Anexo A15, p. 9.

6.1.33 A cláusula 4.2 do Protocolo dispõe que como as parcelas cindidas, transferidas para o patrimônio das incorporadoras, eram compostas pelos investimentos da OTPP em cada uma daquelas incorporadoras, as ações até então detidas pela OTPP seriam, no processo de incorporação, revertidas do patrimônio das referidas incorporadoras e atribuídas à única acionista da OTPP, qual seja a OTP. A seguir destacamos a referida cláusula do Protocolo:

4.2. Das relações de substituição. No caso exclusivo das incorporações reversas aqui tratadas, representadas pela Parcela cindida a ser incorporada pela Embraport; Parcela cindida a ser incorporada pela CRB; e Parcela cindida a ser incorporada pela CRC, considerando-se que o acervo líquido da OTPP a ser cindido é composto pelos investimentos desta nas incorporadoras EMBRAPORT, CRB e CRC, a totalidade: (i) das 42.809.825 (quarenta e dois milhões, oitocentas e

nove mil, oitocentas e vinte e cinco) ações ordinárias de emissão da EMBRAPORT; (ii) das 556.799.050 (quinhentos e cinquenta e seis milhões, setecentos e noventa e nove mil e cinquenta) ações, sendo 278.399.525 (duzentas e setenta e oito milhões, trezentos e noventa e nove mil, quinhentas e vinte e cinco) ações ordinárias e 278.399.525 (duzentas e setenta e oito milhões, trezentos e noventa e nove mil, quinhentas e vinte e cinco) ações preferenciais de emissão da CRB²; e (iii) das 19.385.740 (dezenove milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, setecentas e quarenta) ações ordinárias de emissão da CRC, todas atualmente de propriedade da OTPP, serão, no processo de incorporação, revertidas do patrimônio das referidas incorporadoras e atribuídas exclusivamente à única acionista da OTPP, qual seja a OTP.

Figura 33: Protocolo e Justificação da Cisão Parcial seguida das Incorporações das Parcelas Cindidas (Anexo A15, p. 13-14).

6.1.34 Consta ainda da supramencionada cláusula 4.2:

Em função do critério de relações de substituição ora definido, bem como pelo tratamento contábil a ser dispensado na incorporação para os elementos objeto do acervo cindido da OTPP, conforme descrito na cláusula terceira acima, não ocorrerá cancelamentos ou emissão de novas ações pela EMBRAPORT, CRB e CRC, não havendo qualquer alteração no valor de seus respectivos capital social, os quais permanecerão inalterados nos montantes e quantidades de ações descritos no item “Situação Atual das Empresas” acima.

Figura 34: Protocolo e Justificação da Cisão Parcial seguida das Incorporações das Parcelas Cindidas (Anexo A15, p. 14).

6.1.35 Assim, fica claro que a cisão parcial da OTPP teve finalidade preponderantemente tributária, visto que as parcelas cindidas, constituídas pelos investimentos na EMBRAPORT, na CRB e na CRC, foram direcionadas, respectivamente, para cada uma das incorporadoras emissoras das próprias ações, de modo que, futuramente, fosse efetuada a amortização fiscal dos ágios vinculados àqueles investimentos.

6.1.36 Consta do documento “Embraport - Organogramas societários – 1998 a 2013”, Anexo B17, a composição acionária da EMBRAPORT, em 21 de dezembro de 2012, após a cisão parcial da OTPP:

Acionista	Quantidade de ações	Participação
CIA Importadora e Exportadora COIMEX	11.304.087	15,27%
OTP	42.809.823	57,82%
DPW	19.920.222	26,91%

Figura 35: Anexo B17, p.10.

6.1.37 Desse modo, as novas composições acionárias da EMBRAPORT e da OTPP passaram a ser as seguintes:

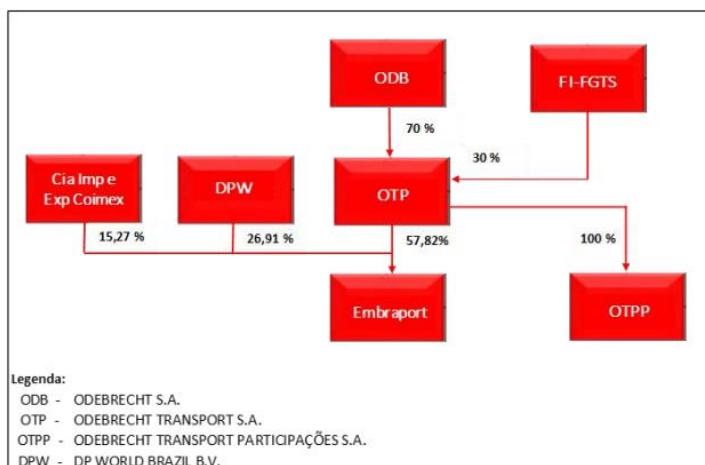


Figura 36: Composição acionária da EMBRAPORT e da OTPP após a cisão parcial da OTPP em dezembro de 2012.

6.1.38 A avaliação econômico-financeira da OTPP, realizada pela ERNST & YOUNG TERCO ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. (Anexo B20), concluiu que o valor da totalidade dos empreendimentos que integravam o portfólio da OTPP, na data de referência de 30 de setembro de 2012, era de R\$ 9.285.841.000,00. O quadro a seguir discrimina esse cálculo:

De acordo com a metodologia e as premissas descritas neste relatório, o detalhamento dos resultados obtidos para a avaliação econômico-financeira da OTPP, em 30 de setembro de 2012, é apresentado a seguir:

Empreendimento	Valor Presente Fluxo de Caixa	+	Valor Presente Perpetuidade	+	Ativos Não Operacionais	+	Passivos Não Operacionais	+	Valor do Népcio (100%)	+	Participação da Controladora	R\$ 000	Valor OTPP (Empreendimento)
Super Via	1.288.427	-			176.363	(574.520)	890.270		60.00%			534.162	
Via Quatro	1.705.990	-			76.930	(657.800)	1.124.719		15.00%			168.708	
Embraport	3.506.107	2.006.466	-	333.774	(910.958)	4.935.389	57,82%					2.853.642	
Logum	7.633.700	-			211.975	(709.213)	7.136.462		20.00%			1.427.292	
Rota das Bandeiras	5.616.740	-			190.202	(1.623.457)	4.183.485		100.00%			4.183.485	
Rota dos Coqueiros	145.885	-			7.644	(77.110)	75.520		74.00%			55.884	
Bahia Norte	361.923	-			30.624	(302.864)	89.683		50.00%			44.842	
Utolar Norte	239.755	-			6.866	(36.902)	209.722		8.50%			17.826	
Total	20.497.828	2.006.466	-	1.034.381	(4.893.424)	18.645.250						9.285.841	

Fonte: EYT/OTPP

Figura 37: Avaliação econômico-financeira da OTPP conforme laudo elaborado pela ERNST & YOUNG TERCO ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. (Anexo B20, p.12).

6.1.39 Como pode ser deduzido a partir no quadro acima, o valor da participação do empreendimento EMBRAPORT, no valor total da OTPP, era de 30,73%; sendo este percentual utilizado para o cálculo do valor do ágio nº 4, transferido para o patrimônio da EMBRAPORT na cisão parcial da OTPP:

Valor do ágio gerado após a reorganização societária de outubro / novembro de 2012	Participação do empreendimento Embraport no portfólio da OTPP	Valor do ágio transferido para Embraport na cisão parcial da OTPP
R\$ 1.279.480.021,48	30,73%	R\$ 393.198.411,33

6.1.40 Desse modo, na cisão parcial da OTPP, os ágios nº 3 e nº 4 foram transferidos para a EMBRAPORT, no montante total de R\$ 819.504.203,33:

Ágio	Valor
nº 3	R\$ 426.305.792,00
nº 4	R\$ 393.198.411,33
Total	R\$ 819.504.203,33

6.1.41 O Laudo de Avaliação do Acervo Líquido Contábil, a ser cedido da OTPP, elaborado por GUIMARÃES e SIEIRO CONSULTORIA e SERVIÇOS CONTÁBEIS LTDA., apresenta no inciso IV, o quadro a seguir que discrimina o montante total dos ágios, fundamentados em expectativa de rentabilidade futura, transferidos para a EMBRAPORT:

ATIVO			
PERMANENTE			
INVESTIMENTOS			
1.3.1.01.1886.131002 Participações Societárias Controladas - Valor Patrimonial Empresa Brasileira de Terminais Portuários - Embraport	271.913.773,69		
1.3.1.05.1896.131402 Participações Societárias - Ágio Controladas (Expectativa de rentabilidade futura) Empresa Brasileira de Terminais Portuários - Embraport	819.504.203,16		
1.3.1.05.1896.131408 Provisão do Ágio Empresa Brasileira de Terminais Portuários - Embraport	(540.872.774,10)		
Total	559.545.202,75		

Figura 38: Laudo de Avaliação (Anexo A15, p. 20) que, desprezando-se os centavos, confirma o valor dos ágios transferidos para a EMBRAPORT na cisão parcial da OTPP.

6.1.42 Desse modo, em resumo, nas operações analisadas neste capítulo foram executadas as seguintes etapas:

- i. FI-FGTS realizou investimento na OTPP, sendo a integralização realizada sob a forma de conferência de bens (ações da EMBRAPORT), que deu origem ao ágio nº 3, e em moeda corrente (R\$ 1,3 bilhão), que, posteriormente, daria origem ao ágio OTPP;
- ii. A OTPT, controladora direta da OTPP, adquiriu a participação societária do FI-FGTS na OTPP por meio do instituto da incorporação de ações;
- iii. Aprovou-se aumento do capital social da OTPT para que a participação societária fosse paga com ações da própria adquirente;
- iv. A forma como a operação foi realizada proporcionou a formação de ágio que passou a pertencer ao patrimônio da OTPT (ágio OTPP);
- v. O investimento do FI-FGTS na OTPT foi deslocado para a controladora desta (OTP) para que a OTPT pudesse ser incorporada reversamente pela OTPP;
- vi. A OTPP incorporou sua controladora (OTPT) e o ágio OTPP, que integrava o patrimônio da OTPT, foi transferido para o patrimônio da OTPP;
- vii. O ágio OTPP estava fundamentado em expectativa de rentabilidade futura de diversos empreendimentos, sendo aplicado o percentual de participação da EMBRAPORT no portfólio da OTPP para efeito de determinação do valor do ágio nº 4;
- viii. Na cisão parcial da OTPP os ágios nº 3 e nº 4 foram transferidos para o patrimônio da EMBRAPORT (incorporadora da parcela cedida).

6.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS AOS ÁGIOS Nº 3 E Nº 4

6.2.1 A subscrição de capital social de uma sociedade anônima é negócio jurídico entre o subscritor do capital social e a companhia. Em agosto de 2011, o FI-FGTS,

mediante conferência de bens, alienou seu investimento na EMBRAPORT para efetuar a integralização de ações subscritas da OTPP.

(...)

6.2.4 No caso em análise neste capítulo, houve a transferência da propriedade do investimento EMBRAPORT, do FI-FGTS para a OTPP, mediante a contraprestação da entrega de ações da OTPP para o FI-FGTS; houve, também, o aporte em moeda corrente nacional na OTPP, também mediante a contraprestação da entrega de ações da OTPP para o FI-FGTS; ambas as operações executadas no cumprimento das obrigações assumidas pelas partes; contudo, não se pode afirmar que aquela negociação tenha ocorrido entre partes independentes atuando em pé de igualdade, tendo em vista a cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS para que atuassem em favor do grupo ODEBRECHT.

6.2.5 Como será demonstrado no Capítulo 6.3, executivos do grupo Odebrecht, atuando como representantes de uma das partes naquela negociação, a OTPP, agiram com dolo, pois promoveram a cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS, de modo que aqueles lhes revelassem informações sigilosas que detinham do fundo e atuassem pela aprovação do investimento, do FI-FGTS na OTPP, sem que fossem observados todos os critérios técnicos usuais naquele tipo de negociação.

(...)

6.4 DA CARACTERIZAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ILÍCITO

6.4.1 A negociação que resultou no investimento do FI-FGTS na OTPP deve ser analisada em toda a sua amplitude. De acordo com a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal e com os demais documentos analisados no escopo desta ação fiscal é possível traçar o seguinte cenário:

- i. Os grupos ODEBRECHT e DP WORLD associaram-se para a consecução de um novo projeto no setor de transporte e logística;
- ii. O grupo ODEBRECHT precisava de recursos para financiar esse novo investimento;
- iii. A possibilidade de utilização de recursos do FI-FGTS era uma excelente oportunidade de conseguir o financiamento para o novo projeto a um custo muito inferior, por exemplo, àquele que seria incorrido no caso da tomada de empréstimos bancários;
- iv. Empresas dos grupos ODEBRECHT e DP WORLD tornaram-se acionistas da HOSTENS e realizaram operações de aquisição de participações societárias, com a utilização desta empresa veículo, que resultaram na formação de três ágios (Ágios nº 1, nº 2 e nº 5);
- v. Cisão parcial da HOSTENS, seguida da incorporação da parcela cindida pela EMBRAPORT; e incorporação reversa da CIP (subsidiária integral da HOSTENS), pela EMBRAPORT, transferiram os ágios nº 1 e nº 2 para o patrimônio da EMBRAPORT;

vi. De acordo com a colaboração premiada de BENEDICTO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR, confirmada na sentença de primeiro grau, executivos do grupo ODEBRECHT cooptaram dirigentes da CEF/FI-FGTS, mediante pagamento de vantagem indevida, no intuito de assegurar a realização do investimento do FI-FGTS na OTPP, sem que fossem observados todos os critérios técnicos usuais naquele tipo de negociação;

vii. A subscrição e integralização de ações da OTPP com as ações da EMBRAPORT, detidas pelo FI-FGTS, deram origem ao ágio nº 3;

viii. A subscrição e integralização de ações da OTPP pelo FI-FGTS, com o investimento de R\$ 1,3 bilhão, possibilitou a realização de uma série de operações societárias que acabaram por formar o ágio OTPP no patrimônio da OTPT;

ix. A incorporação reversa da OTPT pela OTPP transferiu o ágio OTPP para o patrimônio da OTPP;

x. A parcela do ágio OTPP correspondente ao empreendimento EMBRAPORT constituiu o ágio nº 4;

xi. A cisão parcial da OTPP, com a versão da parcela cindida para a EMBRAPORT, transferiu os ágios nº 3 e nº 4 para o patrimônio da EMBRAPORT;

xii. Na mesma cisão parcial da OTPP, ocorreu a transferência dos investimentos na CRB e na CRC, outras empresas do grupo ODEBRECHT, para as emissoras das próprias ações;

xiii. Finalmente, ocorreu a incorporação da HOSTENS pela EMBRAPORT e a incorporação, ao patrimônio da EMBRAPORT, do ágio nº 5.

6.4.2 O cenário acima descrito revela a realização de planejamento tributário, destinado a permitir uma futura amortização fiscal dos ágios incorporados aos patrimônios da EMBRAPORT, da CRB e da CRC.

6.4.3 Contudo, no caso específico da EMBRAPORT, as subscrições de ações da OTPP pelo FI-FGTS, tanto aquela integralizada por meio da conferência de ações da EMBRAPORT quanto aquela integralizada com o investimento em moeda corrente, foram concretizadas por meio de cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS, isto é, o negócio jurídico realizado decorre da prática de ato ilícito, como definido no art. 187 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

6.4.4 Tanto a formação do ágio nº 3 quanto o investimento que, posteriormente, proporcionou a formação do ágio nº 4 estão diretamente relacionados ao negócio jurídico que levou o FI-FGTS a tornar-se acionista da OTPP, logo, a prática do ato ilícito retira aquele planejamento tributário do campo da licitude, senão em sua totalidade, pelo menos em relação ao que concerne aos ágios nº 3 e nº 4.

(...)

6.4.6 Por fim, cabe ressaltar o fato de que embora num primeiro momento não tenha ocorrido efetiva sonegação de tributo, tendo em vista os sucessivos

prejuízos fiscais gerados nos primeiros anos de operação da EMBRAPORT, a amortização fiscal das despesas dos ágios nº 3 e nº 4, realizadas de forma irregular em razão de planejamento tributário ilícito, ocasionou aumento indevido dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, os quais, em algum momento, serão utilizados para efeito de compensação de tributo.

6.5 DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AO ÁGIO Nº 3

6.5.1 A operação de subscrição de ações da OTPP pelo FI-FGTS está fundamentada em Laudo de Avaliação, datado de 30 de novembro de 2010 e elaborado com data de referência de 31 de outubro de 2010, que estimou o valor patrimonial da EMBRAPORT em R\$ 1.813.804.000,00 (um bilhão, oitocentos e treze milhões, oitocentos e quatro mil reais).

6.5.2 Merecem destaque, naquele laudo, as notas elaboradas pela avaliadora, CABRERA E ASSOCIADOS - CONSULTORIA CONTÁBIL E TRIBUTÁRIA, que apontam uma série de incertezas que poderiam afetar o trabalho realizado, tais como:

i. A CABRERA E ASSOCIADOS não se responsabiliza quanto à precisão e exaustividade das informações contidas no relatório:

Notas Relevantes

As informações contidas neste relatório, não representam um comprometimento da ("Cabrera Associados") quanto à responsabilidade sobre as mesmas, principalmente em relação à precisão e exaustividade das informações.

ii. A CABRERA E ASSOCIADOS indica que a conclusão do trabalho, de avaliação econômico-financeira da companhia, está diretamente relacionada à exatidão, confiabilidade e integridade das informações recebidas da administração da EMBRAPORT, além da materialização das projeções também recebidas da EMBRAPORT:

Para a realização dos nossos trabalhos fizemos uso de informações financeiras disponíveis, sejam geradas internamente ou de qualquer outra fonte, de caráter histórico ou de previsões, sendo algumas das quais utilizadas e/ou fornecidas pela administração da EMBRAPORT (sob sua responsabilidade). Também foram utilizadas informações de fontes públicas. A nossa conclusão está relacionada e depende da exatidão, confiabilidade, integridade e materialização, principalmente quanto a projeções, dessas informações a nós fornecidas.

iii. A avaliação efetuada pela CABRERA E ASSOCIADOS não incluiu a auditoria das informações financeiras recebidas:

Nosso trabalho envolveu a análise de algumas dessas informações financeiras. No entanto, nosso compromisso não incluiu a auditoria das informações utilizadas em conformidade com as normas de auditoria geralmente aceitas.

iv. As informações do Laudo de Avaliação estão baseadas nas demonstrações financeiras e em informações gerenciais de responsabilidade da administração da Companhia e não houve qualquer verificação independente das informações prestadas pela administração da Companhia ou de terceiros por ela contratados:

As informações contidas no Laudo de Avaliação estão baseadas nas demonstrações financeiras da Companhia, elaboradas sob a responsabilidade de sua administração e em informações gerenciais projetadas apresentadas também pela Administração, e em informações disponíveis ao público em geral, por meio de fontes públicas; contudo não foram procedidas verificações independentes das informações recebidas da administração da Companhia, ou de terceiros por ela contratados, assim, a Cabrera Associados não assumirá responsabilidade pela precisão, exatidão ou suficiência destas informações.

v. A própria CABRERA E ASSOCIADOS aponta, em pelo menos dois trechos do laudo, de forma explícita, o grau de incerteza da avaliação realizada:

A Cabrera Associados não expressará parecer sobre a fidedignidade da apresentação das informações mencionadas, e ressalta que quaisquer erros, alterações ou modificações nessas informações poderiam afetar significativamente as análises que nós efetuadas. Durante o curso de

Relatórios de análise de Empresas e setores elaborados por outras instituições, podem tratar premissas de modo diferente da abordagem desta avaliação e consequentemente apresentar resultados significativamente diferentes.

6.5.3 Portanto, verifica-se que o referido laudo apontava a possibilidade de erro na avaliação realizada e condicionava o resultado alcançado à fidedignidade das informações recebidas da EMBRAPORT e de terceiros por ela contratados.

6.5.4 Conforme acordo de acionistas da EMBRAPORT, celebrado em 21 de outubro de 2008 e aditado em 28 de agosto de 2009, a companhia era controlada por um bloco de acionistas constituído por COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A., HOSTENS HOLDINGS S.A. e CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX:

(...)

6.5.5 Na época em que o laudo de avaliação da CABRERA E ASSOCIADOS foi realizado, em novembro de 2010, os acionistas da EMBRAPORT eram:

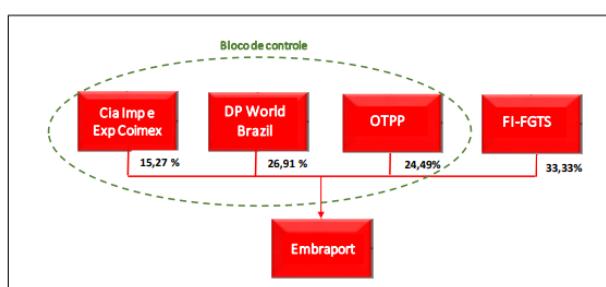


Figura 47: Quadro de acionistas da EMBRAPORT em novembro de 2010.

6.5.6 DP WORLD BRAZIL e OTPP eram os únicos acionistas da HOSTENS HOLDINGS que, por sua vez, tinha na COIMEX INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS S.A. sua subsidiária integral, portanto, entre agosto de 2009 e novembro de 2010, não houve alteração, de fato, no grupo que controlava a EMBRAPORT.

6.5.7 Logo, constata-se que à época da realização da avaliação da EMBRAPORT, a Companhia era controlada por um grupo de acionistas que atuava em bloco, o grupo ODEBRECHT integrava aquele bloco de controle por meio da OTPP e o único acionista que não fazia parte do bloco era o FI-FGTS.

6.5.8 O grau de incerteza apontado nas notas da avaliadora da EMBRAPORT é coerente com o fato de que uma das partes interessadas na avaliação (OTPP) integrava o bloco de controle da avaliada, justificando, desse modo, as ressalvas apresentadas.

(...)

6.5.11 Uma das partes do negócio jurídico (OTPP) cooptou dirigentes da outra para a realização do investimento e participava do bloco de controle da investida podendo influenciar na avaliação daquela companhia; desse modo, não se pode afirmar que a transação tenha sido realizada dentro de uma relação de comutatividade, independência e de não preponderância das partes envolvidas. Logo, pela teoria da contabilidade, o ágio gerado naquela operação não cumpriria os requisitos necessários para ser contabilmente registrado.

6.5.12 Em resumo, na operação que culminou com o investimento do FI-FGTS na OTPP, deixaram de ser observados princípios básicos em qualquer livre negociação, tais como a comutatividade e a existência de partes de fato independentes.

6.5.13 Mas ainda que, por hipótese, se admitisse a possibilidade de amortização fiscal daquele ágio e que não se considerasse eventuais erros de mensuração do seu valor, ou seja, se fosse ignorado o fato de que a fixação do preço de aquisição das ações da OTPP não ocorreu entre partes de fato independentes e se fossem desconsideradas as incertezas trazidas pelo laudo de avaliação; ainda assim, mesmo nos termos em que a negociação foi efetivada, constata-se perda efetiva para o FI-FGTS, comprovada pela análise dos documentos efetuada, como será visto a seguir.

6.5.14 Conforme ata da A.G.E. da OTPP, realizada em 22 de agosto de 2011, as novas ações da Companhia foram integralizadas pelo FI-FGTS mediante a conferência das 24.678.045 (vinte e quatro milhões, seiscentos e setenta e oito mil e quarenta e cinco) ações de emissão da EMBRAPORT, ao capital social da Companhia, pelo valor de R\$ 596.500.000,00.

6.5.15 Conforme Laudo de Avaliação apresentado, documento anexo à ata supramencionada, o valor patrimonial da EMBRAPORT, obtido pelo método de fluxo de caixa descontado, na data base de 31 de outubro de 2010, era de R\$ 1.813.804.000,00.

6.5.16 Também consta do supramencionado Laudo de Avaliação a composição acionária da EMBRAPORT:

COMPOSIÇÃO CAPITAL SOCIAL - EMBRAPORT		R\$	%
Cia Imp. e exportadora Coimex		11.304.085	15,27%
FI - FGTS		24.678.041	33,33%
Odebrecht Transport Participações S.A.		18.131.778	24,49%
D.P World A.F.R BR		19.920.222	26,91%
Outros		10	0,00%
Total Capital Social		74.034.136	100,00%

Figura 48: Anexo B26, p. 20.

6.5.17 Como pode ser visto no quadro acima, a participação do FI-FGTS, na EMBRAPORT, correspondia a 33,33% do capital social e votante da companhia. Desse modo, de acordo com o laudo de avaliação da EMBRAPORT, a participação do FI-FGTS teria o valor de R\$ 604.540.873,20; no entanto, a integralização das ações subscritas da OTPP, com as ações da EMBRAPORT detidas pelo FI-FGTS, foi efetuada pelo valor de R\$ 596.500.000,00, o que implica em prejuízo, para o FI-FGTS, de R\$ 8.040.873,20. Essa é apenas mais uma evidência de que a negociação não foi, de fato, realizada entre partes independentes.

6.6 DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AO ÁGIO Nº 4

6.6.1 Além da existência de planejamento tributário ilícito, há um segundo fundamento para a glosa das despesas de amortização do ágio nº 4.

6.6.2 O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, em seu caput e incisos I e II, na redação vigente à época dos fatos, tratava da forma de contabilização de investimento, avaliado pelo método de equivalência patrimonial, adquirido com ágio. O adquirente deveria desdobrar, em sua escrita contábil, o valor de patrimônio líquido da sociedade investida, na época da aquisição, e o valor do ágio ou deságio apurado, considerado este como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da sociedade investida.

6.6.3 No caso em análise, a sociedade investidora era a OTPT, que incorporou as ações que o FI-FGTS (alienante) detinha na OTPP. Assembleia geral extraordinária da OTPT aprovou o aumento do capital social com a emissão de novas ações, de modo que pudesse ser efetuado o pagamento das ações incorporadas. Portanto, foi a OTPT que efetuou o sacrifício financeiro para a aquisição da participação societária do FI-FGTS na OTPP.

(...)

6.6.5 Portanto, caso a OTPT absorvesse patrimônio da OTPP, em caso de incorporação, fusão ou cisão, a norma jurídica, extraída do art. 7º da Lei nº 9.532/97, autorizava a OTPT a amortizar o valor do ágio nos termos do inciso III do art. 7º, desde que o fundamento daquele ágio fosse a expectativa de rentabilidade futura da investida.

(...)

6.6.7 O aspecto pessoal da hipótese de incidência, da norma do art. 7º, apresenta a pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição, ou seja, a pessoa jurídica investidora

(neste caso a OTPT); e a norma extraída do art. 8º, alínea “b”, amplia o aspecto pessoal daquela norma jurídica, incluindo a empresa incorporada, fusionada ou cindida que até então detinha a propriedade da participação societária. No outro polo da relação, encontra-se a pessoa jurídica adquirida com ágio, ou seja, a pessoa jurídica investida. O aspecto pessoal da hipótese de incidência autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que as pessoas jurídicas integrantes desses dois polos passem a integrar a mesma universalidade.

6.6.8 No caso específico, após a incorporação reversa da OTPT pela OTPP, ocorreu a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida, e esta última poderia amortizar o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da OTPP.

6.6.9 No entanto, não há previsão legal para a dedução das despesas de amortização daquele ágio por uma terceira pessoa jurídica (EMBRAPORT), diversa da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

6.6.10 Nunca houve impedimento legal para a transferência do “investimento EMBRAPORT” para o patrimônio da própria EMBRAPORT, na cisão parcial da OTPP, pois a OTPP estava no exercício de sua liberdade empresarial. Contudo, os efeitos tributários pretendidos pela fiscalizada dependiam da existência de expressa previsão legal, a qual não existia no presente caso.

7. DO TERCEIRO ÁGIO RELACIONADO À EMPRESA VEÍCULO HOSTENS HOLDINGS S.A.

7.1 DA FORMAÇÃO DO ÁGIO Nº 5

7.1.1 Por fim, trataremos de um terceiro ágio, que da mesma forma como ocorreu com os ágios nº 1 e nº 2, também utilizou a empresa HOSTENS HOLDINGS S.A., como pessoa interposta, para a aquisição de participação societária da EMBRAPORT.

7.1.2 Conforme resposta de 23 de maio de 2019, nos termos do Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações, também celebrado em 28 de agosto de 2009, a HOSTENS notificou a CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, na data de 21 de dezembro de 2012, sobre a intenção de exercer a opção de compra das 9.083.063 ações de emissão da EMBRAPORT, correspondente a 12,27% do capital social e votante da companhia, pelo preço de R\$ 117.192.890,88.

7.1.3 Ainda conforme resposta de 23 de maio de 2019, o pagamento do preço de aquisição da participação societária foi realizado em parcela única, mediante compensação do valor devido, pela COIMEX à HOSTENS, no âmbito do Contrato de Mútuo celebrado entre as partes em 28/08/2009, acrescido do montante de R\$ 3.090.130,26:

Com base no referido Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações, em 21.12.2012, a Hostens notificou a COIMEX sobre a intenção de exercício da opção de compra das 9.083.063 ações de emissão da Companhia, ao preço de R\$ 117.192.890,88 (**Anexo II**). Considerando que o valor do patrimônio líquido da Companhia no momento da aquisição das ações era de R\$ 761.670.908,71 e, consequentemente, que o valor correspondente a 12,27% desse mesmo patrimônio líquido correspondia a R\$ 93.457.020,50, a Hostens registrou ágio no valor de R\$ 23.735.870,38 na operação.

A título de informação, o pagamento do preço de aquisição das ações foi realizado em parcela única, sendo (i) parte (no valor de R\$ 114.102.760,62) por meio da compensação com o valor devido, pela COIMEX à Hostens, no âmbito do Contrato de Mútuo celebrado entre as partes em 28.08.2009 (**Anexo III**); e (ii) parte (no valor de R\$ 3.090.130,26) em moeda corrente nacional, mediante transferência bancária.

Figura 49: Resposta de 23 de maio de 2019 (Anexo B24, p. 2).

7.1.4 Dois dias antes da comunicação do exercício da opção de compra de ações tratada neste capítulo, A.G.E. da HOSTENS aprovou aumento do capital social da companhia, no montante de R\$ 4.942.679,57 (quatro milhões, novecentos e quarenta e dois mil, seiscentos e setenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), subscrito pelos acionistas ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. e DP WORLD BRAZIL B.V. Essa injeção de capital cobria com folga a parcela do pagamento das ações efetuada em moeda corrente nacional.

7.1.5 Também deve ser levado em consideração que, como visto nos itens 5.2.6 a 5.2.10, os acionistas da HOSTENS, ODEBRECHT TRANSPORT PARTICIPAÇÕES S.A. e DP WORLD BRAZIL B.V., na época ainda denominadas, respectivamente, LIUBLIANA SP PARTICIPAÇÕES S.A. e DP WORLD AFR B.V., forneceram os recursos financeiros para a HOSTENS, que, em seguida, os repassou para a CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX sob a forma de mútuo.

7.1.6 Aliás, em resposta de 24 de junho de 2019, a intimada, na qualidade de sucessora por incorporação da HOSTENS, confirmou que não houve qualquer pagamento pelo mútuo, por parte da CIA IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX, até o exercício da opção de compra das ações da EMBRAPORT em dezembro de 2012:

“4.3- Qual os valores recebidos pela Hostens a título de pagamento do mutuo realizado em 2009, entre o período entre a celebração do mutuo e o pagamento da aquisição das ações da Embraport em 2012?”

Não houve recebimento de valores pela Hostens entre a data de celebração do contrato de mútuo e o pagamento do preço de aquisição das ações da Companhia.

Figura 50: Resposta de 24 de junho de 2019 (Anexo B28, p. 3).

7.1.7 Assim, em 27 de dezembro de 2012, após o exercício da opção de compra acima referida, a composição acionária da EMBRAPORT passou a ser a seguinte:

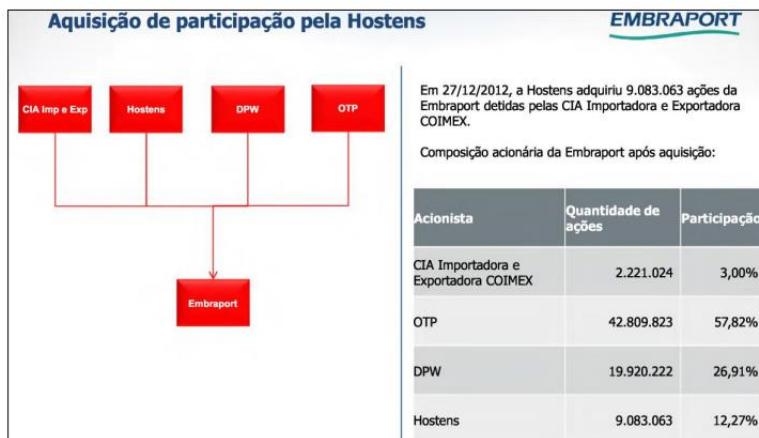


Figura 51: Organogramas EMBRAPORT, Anexo B17, p. 11.

7.1.8 Considerando que o preço de aquisição da participação societária foi de R\$ 117.192.890,88; que o valor do patrimônio líquido da EMBRAPORT, no momento da aquisição das ações, era de R\$ 761.670.908,71 e que o valor correspondente a 12,27% desse mesmo patrimônio líquido correspondia a R\$ 93.457.020,50; a HOSTENS registrou, naquela operação, ágio no montante de R\$ 23.735.870,38 (Ágio nº 5).

7.1.9 De acordo com a ata da Assembleia Geral Extraordinária da EMBRAPORT, realizada em 17 de setembro de 2013, naquela data foi aprovada a incorporação da HOSTENS HOLDINGS S.A. pela Companhia. Ato contínuo, a EMBRAPORT passou a amortizar fiscalmente o ágio nº 5.

7.1.10 Com a incorporação reversa da HOSTENS pela EMBRAPORT, os acionistas da HOSTENS passaram a deter mais ações da EMBRAPORT. Nessa operação a DP WORLD BRAZIL S.A. (DPW) recebeu mais 4.754.744 ações e a ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (OTP) recebeu mais 4.328.319 ações. Desse modo, a nova composição acionária da EMBRAPORT passou a ser a seguinte:

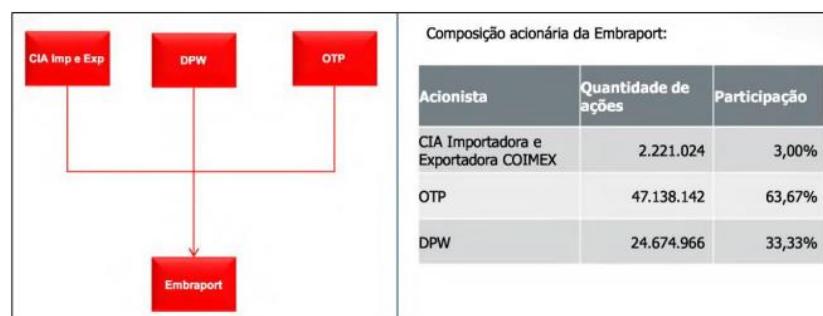


Figura 52: Organogramas Embraport, Anexo B17, p. 13.

7.1.11 Da mesma forma como verificado com os ágios nº 1 e nº 2, a HOSTENS foi utilizada como empresa veículo para a aquisição do investimento com o ágio nº 5 e, desse modo, deixou de ocorrer a necessária confusão patrimonial entre os reais adquirentes da participação societária e a investida.

7.1.12 Nas Demonstrações Financeiras da HOSTENS, para o exercício findo em 31 de dezembro de 2012, não há registro de qualquer intangível no ativo não

circulante da companhia. A figura a seguir destaca o balanço patrimonial da HOSTENS:

Hostens Holdings S.A.					
CNPJ/MF nº 10.741.464/0001-02					
Demonstrações Financeiras					
Balanços Patrimoniais - Exercício Fim do em 31 de dezembro de 2012 e 2011 (Em milhares de Reais)					
ATIVO	Nota	2012	2011	PASSIVO	Nota
Circulante				Circulante	
Caixa e equivalentes de caixa	5	5.380	572	Tributos e taxas a recolher	-
Outras contas a receber		2.258	539	Imposto de renda e contrib. social a recolher	614 531
Impostos e contribuições a recuperar		30	33	Partes relacionadas	8 -
Não circulante		3.093	-	Adiantamento para aumento de capital	-
Realizável a longo prazo		117.808	110.612	Patrimônio líquido	9 122.575 110.653
Créditos c/ pessoas jurídicas		-	110.612	Capital social	222.719 213.578
Investimentos	6	117.808	-	Capital a integrarizar	33 33
		123.189	111.184	Prejuízos acumulados	(100.177) (102.958)
					123.189 111.184

As notas explicativas são parte integrante das demonstrações financeiras.

7.1.13 Nas respectivas Notas Explicativas das Demonstrações Financeiras acima referidas, não há qualquer referência a pagamento de ágio; e a nota nº 6, diretamente vinculada à conta investimentos, limita-se a descrever, suscintamente, o ativo adquirido e o valor pago:

"6. Investimentos: Em 27 de dezembro de 2012, a Companhia exerceu opção de compra de 9.083.063 ações representativas de 12,27% do capital social da Embraport, detidas pela Cia. Importadora e Exportadora Coimex, ao valor de R\$ 117.192.890,88".

7.1.14 Portanto, da mesma forma como ocorreu com os ágios nº 1 e nº 2, também em relação ao ágio nº 5 não há registro, na escrita contábil da HOSTENS, do fundamento econômico do ágio; e, nesse caso específico, não há registro contábil sequer do próprio ágio.

7.1.15 Consta das notas explicativas das Demonstrações Financeiras da EMBRAPORT, relativas ao ano findo em 31 de dezembro de 2014, que, em 05 de maio de 2014, a ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (OTP) adquiriu os 3% da CIA. IMPORTADORA E EXPORTADORA COIMEX na Companhia. Assim, a EMBRAPORT passou a ter a seguinte composição acionária:

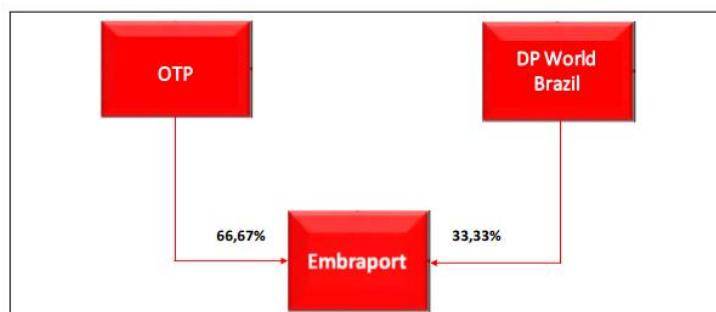


Figura 54: Quadro de acionistas da EMBRAPORT em 5 de maio de 2014.

7.1.16 Em dezembro de 2017, DP WORLD BRAZIL B.V. adquiriu 66,67% das ações do capital social da EMBRAPORT, pertencentes à ODEBRECHT TRANSPORT S.A. (OTP). A DP WORLD BRAZIL B.V., que já detinha 33,33% do capital social da EMBRAPORT, passou a ser a única acionista da companhia.

7.1.17 Em seguida, a companhia promoveu a alteração da marca identificadora do empreendimento, passando de “EMBRAPORT” para “DP WORLD SANTOS”.

Irresignado com a autuação, o contribuinte apresentou sua Impugnação (fls. 2.164/2.252), alegando em apertada síntese que (i) as operações que deram origem aos ágios existiram de fato e direito, não foram simuladas e observaram os requisitos de amortização fiscal previstos na legislação vigente à época; (ii) houve confusão patrimonial entre adquirente e adquirida em todas as operações; e (iii) os fundamentos trazidos pela Autoridade Fiscal para desconsideração das operações são no mínimo tendenciosos, ancorando-se principalmente em argumentos não-técnicos que extrapolam os requisitos legalmente previstos para o aproveitamento fiscal de ágio.

A DRJ, ao julgar a Impugnação, decidiu, por unanimidade de votos, pela sua parcial procedência afastando a glosa das despesas relativas à amortização dos ágios 3 e 4, conforme ementa abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018, 2019, 2020, 2021

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o valor do ágio (cujo fundamento seja a rentabilidade com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros), à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Essa regra aplica-se, inclusive, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. LEGALIDADE.

A utilização de “empresa veículo” que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. A figura da “empresa veículo” está implicitamente autorizada pela lei, que permite a incorporação reversa.

CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAIS ADQUIRENTES.

Para que seja possível a amortização do ágio é necessária a confusão patrimonial (que impede a alienação da participação societária) entre as sociedades investidora e investida, não sendo relevante quem suportou originalmente o ágio (os “reais adquirentes”).

LAUDO DE AVALIAÇÃO. REQUISITOS.

Só é possível a amortização de ágio pago em decorrência de “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, o que só é possível comprovar com laudo anterior e contemporâneo à aquisição, que analise, especificamente, a possibilidade de o investimento gerar resultados futuros que justifiquem o pagamento superior ao patrimônio líquido da empresa a ser adquirida.

Correta a glosa das despesas de ágio não suportadas por laudo anterior e contemporâneo. Restabelece-se a dedução de despesas de ágio que obedecem a legislação vigente.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, mutatis mutandis, à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Impugnação Procedente em Parte

Sem Crédito em Litígio

Em suas razões de decidir, a turma julgadora afastou os argumentos da Autoridade Fiscal de que os ágios 3 e 4 consistiriam em ágios ilícitos diante da utilização de empresa-veículo e inexistência de confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, consignando ainda pela incorrencia de planejamento tributário abusivo no caso concreto. Em relação à Aquisição Hostens, a DRJ afastou a alegação de que não teria havido o devido registro contábil.

Tendo em vista o crédito tributário em montante superior ao limite de alcada, houve Recurso de Ofício a este CARF. Além disso, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário no qual aduz, em resumo:

RAZÕES PARA O IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO

- (i) A OTPP era empresa constituída e registrada perante os órgãos públicos com o legítimo objetivo de participação em outras sociedades, tendo mantido participações societárias em mais de uma empresa operacional concomitantemente a seu investimento na Embraport. O investimento do FI-FGTS na OTPP foi também devidamente registrado nos órgãos públicos competentes, com ágio expressamente fundamentado em laudo produzido por terceiro independente.
- (ii) A integralização de capital social da OTPP com ações da Recorrente representou efetivo ato de alienação, capaz de ensejar o registro de ágio na OTPP, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 vigente à época dos fatos. Inclusive, a possibilidade de registro de ágio na operação não é questionada no TVF.
- (iii) Toda a fundamentação trazida pela Autoridade Fiscal se baseia em depoimentos, ignorando toda a documentação e todas as informações fornecidas pela Recorrente durante o processo de fiscalização para justificar o registro dos ágios ora questionados.
- (iv) Não há critérios objetivos para desnaturação dos ágios glosados. Para fins tributários, não há como considerar depoimentos fornecidos em âmbito de delação premiada ou de oitiva de investigados criminais (sequer inteiramente conexos com os fatos do caso) como provas da ilegitimidade

do ágio, em detrimento de toda a documentação técnica produzida à época dos fatos devidamente apresentada durante a fiscalização.

- (v) Não há qualquer comprovação nos documentos e relatos trazidos pela fiscalização de que todo Comitê de Investimentos tenha sido cooptado ou mesmo provas concretas de que houve aprovação de um investimento em valor superior ao estimado pelo mercado à época. Com base em depoimento de um único agente, que a aprovação do investimento pelo Comitê de Investimentos teria sido ilícita, pois nenhum investimento seria aprovado sem a anuência do Sr. André Luiz, o qual teria sido cooptado por propina do Grupo Odebrecht.
- (vi) A Autoridade Fiscal sequer questiona a possibilidade de registro de ágio nas operações societárias realizadas, utilizando-se apenas de excertos esparsos de ação penal sem qualquer relação com questões fiscais, sob o pressuposto da ilicitude dos atos. Ocorre que, para fins fiscais, são relevantes apenas os negócios jurídicos efetivamente ocorridos entre as partes, baseados em projeções econômicas com lastro na operacionalidade da investida. Portanto, a busca pela invalidação de tais atos com base na ilicitude da aprovação do investimento em Comitê, sem provas concretas de cooptação dos agentes envolvidos para firmar negócio em inobservância ao valor de mercado, em aquisições simuladas ou fraudadas, não pode prosperar.
- (vii) Especificamente em relação ao Ágio 4, o ágio gerado na Aquisição OTPT passou a ser deduzido pela Embraport em função de operações societárias legítimas, totalmente desconsideradas pela fiscalização. O passo a passo da operação no contexto econômico em que foi desenhada não deixa dúvidas sobre a validade do aproveitamento do ágio pela Recorrente nesse caso.
- (viii) Em 09.11.2012, a OTPT incorporou as ações da OTPP, passando a deter a totalidade das ações desta mediante entrega de suas próprias ações ao FI-FGTS. A incorporação de ações é modalidade específica de concentração/integração empresarial, expressamente prevista no artigo 252 da LSA, que produz efeitos particulares para os acionistas. Para as sociedades que participam da operação, representa o recebimento da sociedade incorporada pela sociedade incorporadora, a quem caberá a emissão de ações de seu capital aos titulares das ações incorporadas. Tanto para a RFB como para parte majoritária da jurisprudência do CARF, a operação de incorporação de ações se equipara a uma operação onerosa. Diante disso, entre os principais reflexos para fins fiscais da equiparação da operação de incorporação de ações a uma aquisição é a possibilidade de registrar ágio, nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Assim, no caso de operação de incorporação de ações, quando permitido, o ágio é

registrado pela sociedade incorporadora das ações, a qual terá como custo de aquisição o valor do capital aumentado e entregue aos acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas.

- (ix) É de conhecimento que as operações de incorporação de ações são amplamente utilizadas por diversos grupos empresariais como alternativa para aquisição e transferência de participação societária, algumas vezes compulsória, detida por terceiros, como é especificamente o caso da transferência das ações da OTPP pelo FI-FGTS.
- (x) Em síntese, a reestruturação do Grupo Odebrecht decorreu da necessidade de readequação das funções das empresas holdings e de extinção da OTPT, com manutenção das condições do investimento realizado pelo FI-FGTS. Inicialmente, as holdings OTPT e OTP possuíam papel importante na estrutura de investimento pelo fato do FI-FGTS, por expressa vedação, não poder participar como investidor em certos setores.
- (xi) Tendo em vista que o Grupo Odebrecht buscava, no primeiro momento, investir em diversos segmentos relacionados à infraestrutura de transporte e logística, inclusive aqueles não abrangidos pelo regulamento do FI-FGTS, a existência das holdings OTPT e OTP era fundamental para garantir que novos investimentos pudessem ser realizados.
- (xii) Depois de período sem que a OTPT realizasse novo investimento em conjunto com o FI-FGTS, a estrutura de holdings diversas deixou de fazer sentido comercial, passando a ser necessário simplificá-la, com a readequação da estrutura societária. Como era necessário manter o FI-FGTS como parceiro estratégico para o desenvolvimento das atividades do Grupo nos setores de transporte e logística, decidiu-se então por concentrar as participações societárias no nível da OTP. Para tanto, foram realizadas as operações de incorporação de ações que permitiram a migração do FI-FGTS para o nível da OTP, com manutenção do percentual de investimento.
- (xiii) No contexto descrito, foi deliberada a extinção da OTPT e a mudança de funções da OTPP, que passaria a concentrar os investimentos do Grupo Odebrecht com foco na prospecção e aquisição de novos negócios nos setores de transporte e logística. Com relação à OTP, decidiu-se ainda que a empresa passaria a regular a de governança e gerenciar as relações societárias com o FI-FGTS (função que era antes desenvolvida pela OTPT).
- (xiv) Adicionalmente, a cisão parcial da OTPP com a versão das parcelas cindidas para as empresas operacionais permitiu que a empresa pudesse se dedicar exclusivamente à busca de novos investimentos, tal como originalmente previsto. Tal cisão parcial implicou a versão do ágio gerado na Aquisição

- OTPT para o patrimônio da Recorrente, com respectivo aproveitamento fiscal do ágio.
- (xv) As operações relacionadas à Aquisição OTPT que resultaram no reconhecimento de ágio pela empresa possuíram efetivo propósito negocial e que, após a realização de tais operações, o ágio foi efetivamente incorporado ao patrimônio da Embraport. Tudo isso confirma a legitimidade de seu registro e o seu posterior aproveitamento fiscal pela Recorrente.
- (xvi) O FI-FGTS não reconheceu qualquer perda na operação, tal como exaustivamente demonstrou em procedimento de fiscalização a que foi submetido. Em verdade, a diferença de valor de R\$ 1.981.313.841,50 para R\$ 699.961.908,47 apontada pela Autoridade Fiscal se justifica pelo fato de a segunda operação de incorporação de ações da OTPT pela OTP ter sido realizada a valor contábil, o que não interferiu na participação societária do FI-FGTS ou no ágio registrado na operação de aquisição de ações da OTPP, a valor de mercado no valor de R\$ 1.279.480.021,48.
- (xvii) Dado que a incorporação das ações detidas pelo FI-FGTS na OTPT pela OTP ocorreu pelo valor contábil, que não alterou a participação societária do FI-FGTS, houve a manutenção do ágio apurado na citada aquisição da OTPP, equivalente a R\$ 1.279.480.021,48, sem apuração de perda pelo FI-FGTS. Nesse sentido, tampouco poderia se falar em uma duplicação de ágios no caso concreto. Houve, na verdade, dois investimentos de fato – um realizado pelo FI-FGTS e outro efetuado pela OTPT para aquisição de ações da OTPP.
- (xviii) O FI-FGTS esclareceu à Autoridade Fiscal sobre a inexistência de perdas na incorporação de ações do FI-FGTS na OTPT pela OTP, demonstrando que a manutenção do ágio decorre da não identificação das alterações nos fundamentos econômicos que deram origem ao ágio na incorporação de ações em questão diante da manutenção dos negócios operacionais e da participação societária do FI-FGTS na holding.

AQUISIÇÃO HOSTENS – ÁGIOS 1, 2 E 5

- (xix) Tal como exaustivamente demonstrado pela Recorrente ao longo do procedimento de fiscalização, a criação da Hostens decorreu de estratégia de negócio para a concentração de investimento de grupos empresariais distintos, representados pelas empresas DPW (grupo estrangeiro) e Liubiana SP Participações S/A (“Liubiana”) – antiga denominação da empresa OTPP e pertencente ao Grupo Odebrecht.
- (xx) A Hostens foi criada para ser um instrumento de investimento. Essa foi a forma jurídica legítima e existente pela qual dois grupos empresariais totalmente independentes decidiram se associar para gerenciar

participações societárias em empresas com portfólio relacionado ao setor de infraestrutura de transporte e logística.

- (xxi) Como é bastante típico nessa forma de investimento por grupos distintos, a Hostens consolidou o fluxo de recursos dos referidos grupos empresariais, as respectivas decisões societárias e de estratégia negocial, e centralizou o compartilhamento de risco e retorno relacionados aos projetos de infraestrutura. Na consecução dos objetivos sociais dos grupos empresariais, o investimento realizado pela Hostens se concentrou, por via direta e indireta, na Recorrente, que explora terminal portuário de uso privado, no Estado de São Paulo, do desenvolvimento até seu funcionamento e operação
- (xxii) A Hostens era empresa devidamente constituída e registrada perante os órgãos públicos responsáveis, com legítimo objetivo de participação em outras sociedades, caracterizando-se como típica empresa holding, figura societária que possui respaldo no artigo 2º, § 3º, da Lei 6.404/76 (Lei das S.A. – “LSA”).
- (xxiii) A Autoridade Fiscal questiona a localização física da Hostens na tentativa de construir a tese de que a empresa não teria qualquer substância. Ocorre, no entanto, que uma empresa holding, em razão de sua atividade, prescinde de estrutura física relevante, que via de regra envolve importantes custos de manutenção, sendo suficiente que possua uma razoável organização gerencial para o controle de seus investimentos.
- (xxiv) A Hostens foi constituída em 20.02.2009 e extinta somente em 17.09.2013, quando foi incorporada pela Recorrente. Isto é, a despeito de a Autoridade Fiscal alegar a falta de substância e efemeridade da empresa, a Hostens existiu e cumpriu o seu objeto social por mais de quatro anos. Não se pode alegar, portanto, que a empresa tenha sido criada com o único objetivo de realizar operação pontual/específica e ser extinta em ato subsequente, tal como tipicamente se verifica.
- (xxv) Os aumentos de capital da Hostens com novos recursos de OTPP e de DPW entre 26.08.2009 e 31.12.2012 evidenciam que a empresa não teve curto prazo de existência e que se manteve ativa durante os mais de quatro anos.
- (xxvi) Com efeito, a Hostens foi a empresa que de fato e de direito adquiriu as ações da Recorrente, realizou o pagamento pelo investimento nos termos do Contrato de Compra de Ações e do Contrato de Opção e registrou a aquisição em sua contabilidade. O Contrato de Compra de Ações e o Contrato de Opção fazem menção à Hostens como adquirente das ações da

Recorrente, tal como efetivamente pretendido pelas partes desde o início das tratativas para a operação e tal como, ao fim, efetivamente praticado.

- (xxvii) Há, a todo momento, declaração expressa e verdadeira de intenções pelas partes nos documentos das operações, no sentido de que Hostens seria a única e a real titular de direitos e deveres relacionados ao Contrato de Compra de Ações e do Contrato de Opção, não tendo havido qualquer negociação conduzida por OTPP e DPW ou posterior cessão de posição contratual para a Hostens, fatos que, se existentes e verificados pela Autoridade Fiscal, poderiam eventualmente levantar questionamentos.
- (xxviii) O fato de os recursos utilizados pela Hostens nas operações de aquisição de ações da Recorrente terem sido transferidos por OTPP e DPW, por meio de aporte de capital, é inclusive, ao contrário do que alega maliciosamente a Autoridade Fiscal, uma demonstração de sua efetiva capacidade jurídica e econômica para figurar como adquirente e exercer suas funções de holding.
- (xxix) Ao contrário do que afirma a Autoridade Fiscal, é razoável, para não dizer óbvio, que uma empresa holding recém-formada por dois grupos empresariais para investimento no setor de infraestrutura não disponha inicialmente de capital próprio para realizar uma aquisição da ordem de centenas de milhões de reais. Não há outra ordem mais natural na existência de uma empresa holding do que receber aportes de seus acionistas para realizar seus investimentos iniciais.
- (xxx) Como ressaltado, o aporte de recursos financeiros na Hostens em valores relevantes por seus acionistas ao longo de quatro anos, além de evidentemente não ser prova de que os “reais investidores” seriam seus acionistas, tem efeito justamente contrário: demonstra a sua existência, efetivo papel como empresa holding com capacidade jurídica e econômica para realizar os investimentos no setor infraestrutura de transporte e logística.
- (xxxi) Tendo em vista que a Hostens teve como objetivo concentrar o investimento de grupos empresariais distintos, representados por DPW e OTPP, é também natural que o cargo de diretor fosse atribuído a pessoas qualificadas de um desses ou de ambos os grupos. Por decisão dos investidores, foram indicadas pessoas que possuíam experiência em outras operações do Grupo Odebrecht e que poderiam contribuir tecnicamente para o objeto da Hostens, de investimento no setor de infraestrutura de transporte e logística.
- (xxxii) A extinção da Hostens, em 17.09.2013, por meio da operação de incorporação pela Recorrente, atendeu a diretrizes estratégicas dos grupos

investidores, de simplificação e racionalização administrativa e financeira. Isto é, durante a sua existência, a Hostens funcionou de fato e de direito como consolidadora do fluxo de recursos dos referidos grupos empresariais, das decisões societárias e de estratégia negocial, e centralizadora do compartilhamento de risco e retorno relacionados aos projetos de infraestrutura, tendo sido encerrada apenas quando o propósito dos investidores foi alterado.

(xxxiii) As operações relacionadas à Aquisição Hostens que resultaram no reconhecimento de ágio pela empresa possuíram efetivo propósito negocial, o que por si só confirma a legitimidade de seu registro e aproveitamento fiscal pela Recorrente, conforme expressamente reconhecido pelo Acórdão da DRJ08.

(xxxiv) Em relação à suposta ausência de registro do fundamento econômico do ágio na escrita contábil da Hostens, o acórdão da DRJ08 conclui, em linha com a argumentação da Recorrente, que a simples ausência de destaque do fundamento econômico desses ágios não se sobreporia ao princípio da verdade material. Portanto, não seria possível deslegitimar a dedutibilidade dos ágios 1 e 2 apenas diante da aparente ausência de registro de sua fundamentação econômica na contabilidade da Hostens.

É o relatório.

VOTO

1 ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE OFÍCIO.

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso de Ofício é tempestivo, e atende aos requisitos do Decreto n. 70.235/72 e o limite de alçada previsto na Portaria MF n. 02/23. Razão, pela qual, dele conheço.

2 DOS ÁGIOS 3 E 4.

Com relação aos ágios “3” e “4”, que são objeto de Recurso de Ofício, entendo que o v. acórdão da DRJ deve ser mantido, pelas razões que se passo a demonstrar.

Em essência, o argumento do TVF para afastar a lisura dos ágios “3” e “4” baseia-se no aspecto de que a operação não se deu entre partes independentes e que teria sido realizado planejamento tributário ilícito. Isso porque, segundo o TVF, executivos de uma das partes

“(...), atuando como representantes de uma das partes naquela negociação, a OTPP, agiram com dolo, pois promoveram a cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS, de modo que aqueles lhes revelassem informações sigilosas que detinham do fundo e atuassem pela aprovação do investimento, do FI-FGTS na OTPP, sem que fossem observados todos os critérios técnicos usuais naquele tipo de negociação.”

Para concluir a assertiva, acima, o TVF se baseia em informações colhidas em processo criminal, especificamente, em Denúncia – que cita trechos de colaboração premiada de executivo, em Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, em trechos citados pelo referido Recurso de Apelação de sentença criminal de 1^a instância e no Procedimento Investigatório Criminal nº 1.16.00000.4257/2016-91, conduzido pela Força-Tarefa Greenfield do MPF que também conta com trechos de colaboração premiada.

Inicialmente, aponto que o artigo 22 da Lei n. 12.973/14 veio a prever que o “goodwill” entre partes dependentes não gera direito ao aproveitamento fiscal do ágio. Esse artigo, porém, só é aplicável para operações após 31 de dezembro de 2014 e para operações de incorporação, fusão ou cisão ocorrida até 31 de dezembro de 2017, como se infere do artigo 65 de tal diploma legal.

Todavia, a cisão parcial que permitiu o aproveitamento de ágio ocorreu em 2012, de modo que o referido dispositivo não seria aplicável, no caso sob análise. Assim, entendo que eventual “dependência” para as operações em análise não poderia ser motivo suficiente para afastar o aproveitamento do ágio.

O TVF também aponta em ilicitude dos atos praticados – baseando-se na ação criminal – para sustentar que o planejamento não seria oponível ao Fisco. É apontado o seguinte:

“vi. De acordo com a colaboração premiada de BENEDICTO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR, confirmada na sentença de primeiro grau, executivos do grupo ODEBRECHT cooptaram dirigentes da CEF/FI-FGTS, mediante pagamento de vantagem indevida, no intuito de assegurar a realização do investimento do FI-FGTS na OTPP, sem que fossem observados todos os critérios técnicos usuais naquele tipo de negociação;

6.4.3 Contudo, no caso específico da EMBRAPORT, as subscrições de ações da OTPP pelo FI-FGTS, tanto aquela integralizada por meio da conferência de ações da EMBRAPORT quanto aquela integralizada com o investimento em moeda corrente, foram concretizadas por meio de cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS, isto é, o negócio jurídico realizado decorre da prática de ato ilícito, como definido no art. 187 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

6.4.4 Tanto a formação do ágio nº 3 quanto o investimento que, posteriormente, proporcionou a formação do ágio nº 4 estão diretamente relacionados ao negócio jurídico que levou o FI-FGTS a tornar-se acionista da OTPP, logo, a prática do ato ilícito retira aquele planejamento tributário do campo da licitude, senão em sua totalidade, pelo menos em relação ao que concerne aos ágios nº 3 e nº 4.”

Ocorre que a suposta “cooptação de dirigentes da CEF/FI-FGTS” foi inferida a partir de elementos que constam de ação criminal sem trânsito em julgado apontado de modo inequívoco pelo TVF.

Com isso, não pretendo assinalar que o Fisco não possa colher provas de ação criminal, ainda não transitada, para demonstrar a ocorrência de fatos geradores, cabendo, evidentemente, uma ponderação dos elementos juntados pelo julgador. Contudo, quando se pretende utilizar a ilicitude, apurada em um processo criminal, como elemento autônomo para se desqualificar um planejamento tributário, há de se ter um grau de certeza que se torna precário quando não há trânsito em julgado da ação criminal ou quando não há elementos que demonstrem, de modo claríssimo, a existência de ilícito.

No caso, o acórdão proferido pela DRJ demonstra certa precariedade na acusação fiscal e no grau de correlação entre a suposta dependência entre as partes e o ganho oriundo do planejamento tributário.

Assim, como bem apontado pelo v. acórdão de 1^a instância, em momento algum se comprova que o executivo do Fundo FI-FGTS que teria supostamente sido corrompido teve alguma influência na elaboração do Laudo de Avaliação da Embraport, que foi elaborado por empresa de auditoria independente, sem qualquer ligação comprovada com as empresas envolvidas na negociação.

O TVF, por exemplo, também aponta que o Laudo de Avaliação foi realizado, em novembro de 2010, momento em que a OTPP estava no “bloco de controle” da Embraport. Contudo, como bem argumenta o acórdão *a quo*, não restou demonstrado que a OTPP teria influenciado no laudo. Além disso, como aponta o referido acórdão, o ágio apurado no laudo, em termos societários, se dá em detrimento da OTPP, beneficiando a parte contrária, isto é, o Fundo FI-FGTS.

Ademais, o v. acórdão também aponta, com acuidade, que a fiscalização afirma que outra evidência de que a negociação não foi realizada entre partes independentes é que a FI-FGTS teria sofrido um prejuízo de R\$ 8.040.873,20, pois entregou à OTPP ações que valiam R\$ 604.540.873,20, pelo valor de R\$ 596.500.000,00.

Contudo, como bem expõe o acórdão de 1^a instância, na realidade, essa afirmação, ao invés de demonstrar a “evidência de que a negociação não foi, de fato, realizada entre partes independentes”, destaca, na realidade, que o ágio seria maior (de R\$ 434.346.665,20 = R\$ 604.540.873,20 – R\$ 170.194.208,00, em vez de R\$ 426.305.792,00 = R\$ 596.500.000,00 – R\$ 170.194.208,00).

Com relação ao ágio “4”, além do fundamento da “ilicitude”, acima apontado, há um elemento distinto, apontado pelo TVF, que seria a ausência de confusão patrimonial entre a investidora e investida, assim descrita:

6.6.8 No caso específico, após a incorporação reversa da OTPT pela OTPP, ocorreu a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica

investida, e esta última poderia amortizar o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da OTPP.

6.6.9 No entanto, não há previsão legal para a dedução das despesas de amortização daquele ágio por uma terceira pessoa jurídica (EMBRAPORT), diversa da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

6.6.10 Nunca houve impedimento legal para a transferência do “investimento EMBRAPORT” para o patrimônio da própria EMBRAPORT, na cisão parcial da OTPP, pois a OTPP estava no exercício de sua liberdade empresarial. Contudo, os efeitos tributários pretendidos pela fiscalizada dependiam da existência de expressa previsão legal, a qual não existia no presente caso.”

O acórdão, contudo, afasta esse argumento apontando o seguinte:

“A fiscalização contesta apenas o aproveitamento desse ágio pela Embraport, argumentando, basicamente, que “a confusão patrimonial, que permitiria a amortização fiscal das despesas de ágio, ocorreu entre a pessoa jurídica investidora (OTPT) e a pessoa jurídica investida (OTPP), mas as despesas de amortização de ágio foram deduzidas por uma terceira pessoa jurídica (EMBRAPORT), de forma que não foram atendidas as disposições dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97” (grifei). Conforme relatado, o ágio em tela foi suportado originariamente pela OTPT, visto que as ações da OTPP de posse da OTPT tinham o valor patrimonial de R\$ 701.833.820,11, mas foram entregues ao FI-FGTS pelo valor de R\$ 1.981.313.841,50. Com a incorporação reversa da OTPT pela OTPP, o ágio foi transferido para a OTPP, que “poderia” amortizar o ágio, nos termos do artigo 386, inciso III, do RIR/99, acima transscrito. Trata-se, portanto, de uma faculdade, não de uma obrigatoriedade. Como a OTPP não usufruiu da permissão de legal de amortização desse ágio, ele permaneceu intacto, sendo transferido, proporcionalmente, para a Embraport, após cisão parcial do patrimônio da OTPP e sua incorporação pela Embraport. Houve, então, uma segunda confusão patrimonial, com a absorção de parte da OTPP pela Embraport, o que possibilitou à Embraport a dedução do ágio.”

De fato, com a existência da segunda confusão patrimonial, a Embraport passa a ser detentora do ágio, autorizando seu aproveitamento.

Por fim, é imperioso ressaltar que eventual alegação de vício de motivo não deve comprometer a validade da operação, tampouco a existência e dedutibilidade do ágio, sendo incontroverso o seu pagamento e registro regular.

Em suma, entendo que (a) o requisito de aproveitamento de ágio entre partes não dependentes surge apenas com a vigência do artigo 65 da Lei n. 12.973/14, (b) a ilicitude, para desqualificar o planejamento tributário, tem de estar comprovada de modo claríssimo e (c) após a cisão parcial da OTPP, a Embraport passa a ser titular do direito de aproveitar o ágio (d) eventual alegação de vício de motivo não compromete a validade da operação, uma vez que é incontroverso o seu pagamento e regular registro.

Sendo assim, voto pelo desprovimento do Recurso de Ofício.

3 ADMISSIBILIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do Regimento Interno do CARF.

No mais, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, conheço dele.

4 DOS ÁGIOS 1, 2 E 5.

Com relação aos ágios “1”, “2” e “5”, a maior parte dos argumentos trazidos pela Fiscalização foi superada pelo acórdão da DRJ, sendo que esta apenas discordou da defesa do contribuinte quanto a questão da contemporaneidade dos laudos, o que a levou a manutenção da autuação a respeito dos indigitados ágios.

Ocorre que, o TVF, ao tratar da acusação de ausência de contemporaneidade dos laudos, somente se reportou ao ágio “2”, nada falando, neste aspecto, a respeito dos ágios “1” e “5”.

Assim, ao utilizar referida motivação para decidir pela indedutibilidade dos ágios “1”, “2” e “5” a DRJ acabou por inovar em suas razões de decidir.

Deste modo, voto que haja novo julgamento pelo colegiado de primeira instância para que este decida sobre a impugnação apresentada pelo contribuinte quanto aos ágios “1” e “5”, sem se valer de critério jurídico não invocado pela autoridade fiscal, qual seja, a ausência de contemporaneidade de laudo.

5 DISPOSITIVO.

Diante de todo o exposto, voto pelo não provimento do Recurso de Ofício e pelo parcial provimento do Recurso Voluntário para que o processo retorne a 1^a instância para que seja realizado novo julgamento, de modo que a DRJ se manifeste sobre a impugnação sem se valer de novo critério jurídico, superando o item da inovação do julgamento anterior.

Conselheira **Cristiane Pires McNaughton**, Relatora.

Assinado Digitalmente

Cristiane Pires McNaughton

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa

Minha Declaração de Voto é para trazer mais argumentos (que não fazem parte do fundamento confirmado pela Turma) para reforçar a necessidade de anular a decisão da DRJ, no que se refere à confirmação da glosa das despesas com os ágios 1 e 5, conforme já defendido pela ilustre relatora.

A respectiva glosa foi mantida pela DRJ sob a confirmação de um único fundamento: de ausência de contemporaneidade do laudo. Concordo com a relatora, de que não havia no TVF acusação de ausência de contemporaneidade do laudo, fundamento adotado como razão de decidir pelo acórdão de 1^a instância. Ou seja, houve alteração do critério jurídico adotado pela própria Autoridade Fiscal quando da lavratura dos autos de infração, trazendo (a Primeira Instância), na apreciação dos ágios 1 e 5, fundamento que não estava litigado nos autos.

Repto, há realmente uma nulidade no acórdão da DRJ (que confirmou um fundamento que sequer constava no TVF como razão da glosa da dedução dos ágios 1 e 5), e esta nulidade deve ser declarada pelo CARF, pois entendo que não se aplicar o § 3º do art. 59 do Decreto 70235/72, ou seja, não é o caso de se conceder o mérito ao recorrente. Entendo que nesta avaliação (de se aplicar ou não o § 3º do art. 59 do Decreto 70235/72) caberia a este CARF analisar se se confirma o afastamento, perpetrado pela DRJ, dos outros fundamentos que sustentavam a glosa da dedução dos ágios 1 e 5, quais sejam, a falta de registro do ágio na contabilidade, o uso de empresa veículo e falta de confusão patrimonial, no uso, pelo CARF, do efeito translativo do recurso devolvido para julgamento.

Isto porque a decisão da DRJ determina a matéria devolvida a julgamento na instância superior, e, no caso presente, a “matéria devolvida”, ou seja, remetida ao CARF, por recurso voluntário, foi glosa confirmada dos ágios 1 e 5, independentemente de qual fundamento prevaleceu. Mas, esta devolução foi efetuada com um vício formal, já apontado (inovação do critério jurídico).

Se, no caso concreto, o acórdão da DRJ não tivesse a nulidade referida (e a DRJ, por hipótese, tivesse revertido a glosa dos ágios 1 e 5, já que os outros fundamentos haviam sido afastados pela mesma DRJ), a mesma matéria (com todos os fundamentos afastados pela DRJ), deveria ter vindo ao CARF através do competente recurso de ofício, e eventual confirmação ou não da infração (ágio 1 e 5) dependeria da apreciação desta Turma, com a análise de todos os fundamentos que, no lançamento original, sustentavam esta glosa. Logo, não se pode inferir que a decisão do CARF possa, de todo, ser favorável ao contribuinte, sem esta análise ampla, não se aplicando o § 3º do art. 59 do Decreto 70235/72.

Em hipótese, supondo que o fundamento da ausência de laudo contemporâneo constasse como razão para a glosa dos ágios 1 e 5 no lançamento, e que não houvesse a nulidade no acórdão da DRJ (e esta confirmasse a infração apenas com base na ausência de laudo), entendo que, com base no efeito translativo do recurso, esta Turma do CARF poderia sim se valer dos demais fundamentos da glosa (revertidos pela DRJ) para, eventualmente, confirmar a infração.

O efeito translativo representa a profundidade do efeito devolutivo, que permite a apreciação de fundamentos constantes dos autos sobre a matéria devolvida a julgamento, mesmo que afastada pela instância *a quo*. Neste sentido já versou o CARF, no julgamento AC n. 3402-006.311:

RECURSOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EFEITO TRANSLATIVO.

A profundidade do efeito devolutivo do recurso (efeito translativo) abrange matéria exa minável de ofício, bem como questões acessórias, incidentais ou de mérito que se relacionarem àquilo que foi impugnado (objeto litigioso)

No âmbito do processo administrativo fiscal, o efeito translativo dos recursos pode também ser aplicado, nos termos do art. 15 do CPC, eis que não há qualquer incompatibilidade com o disposto nos art. 17 e 42 do Decreto nº 70.235/72.

Assim versam Didier Jr. e Cunha (2017, p. 169/172), em citação também expressa no AC n. 3402-006.311:

A *profundidade* do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir o *objeto litigioso* do recurso. Trata-se da dimensão vertical do efeito devolutivo. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar. (...)

(...)

A profundidade do efeito devolutivo abrange: a) questões examináveis de ofício (art. 485, §3º, CPC); b) questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas abrangendo as questões acessórias (ex. juros legais), incidentais (ex. litigância de má-fé), questões de mérito e outros fundamentos do pedido e da defesa.

(...)

A extensão do efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; a profundidade, os verticais. A extensão delimita o que se pode decidir; a profundidade, o material com o qual o órgão *ad quem* trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. A extensão relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); a profundidade, ao objeto do conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.

É preciso, porém, fazer uma advertência: o efeito devolutivo limita o efeito translativo, que é o seu aspecto vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado e somente àquilo. O recorrente estabelece a extensão do recurso, mas não pode estabelecer a sua profundidade. Isso, aliás, está claro na parte final do §1º do art. 1.013 e no parágrafo único do art. 1.034, ambos do CPC. Capítulo não impugnado

transita em julgado e, por isso, não pode ser reexaminado pelo tribunal. É por isso, também, que o art. 1.008 do CPC determina que somente haverá substituição da decisão recorrida pela decisão do recurso nos limites do que foi impugnado.

(...)

Enfim, no caso concreto, a nulidade é patente e deve ser corrigida, para preservar o regular andamento do processo, a determinação exata das matérias devolvidas a julgamento, e devolvidas através do competente recurso.

Desta forma, para preservar o regular andamento do processo e a determinação exata das matérias devolvidas a julgamento, seja através do recurso voluntário, seja por recurso de ofício, deve-se anular o acórdão da DRJ, para que outro seja proferido na devida forma.

Documento assinado digitalmente

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa